275.

Db VI. 26.

J. pr.
q.
38


SVVM
CVI-
QVE.

JOHANNIS DANIELIS REYSERI,
JCti Celeberrimi, Consiliarii, dum viveret, Hassiaci, & Judicii Communis Aulici, quod Marburgi est, Assessoris Ordinarii,

CONSILIA POSTHUMA,

IN QUIBUS

CASUS GRAVISSIMI,

A DIVERSIS IMPERII STATIBUS PARITER AC PRIVATIS propositi, continentur,
&
EX JURE TAM PUBLICO QUAM PRIVATO, FEUDALI AC CANONICO, NEC NON CAMERALI, PAUCIS CRIMINALIBUS ADJECTIS, solidè resolvuntur.

Das ist:

Nachgelassene Rechtliche Belehrungen/

worinnen

Die wichtigsten Gerichts-Fälle/
so wohl von verschiedenen Ständen des Heil. Röm. Reichs/ als auch von andern litigirenden Partheyen vorgelegt/ enthalten/
und
Solche aus dem Jure Publico, beschriebenen gemeinen Keyserl. Lehn- und Päbstl. Rechten/ wie auch aus der Cammer- und Peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung gründlich entschieden;

Von obgedachten Herrn AUTHORE
theils vor sich/ theils Collegialiter mit gröster Sorgfalt elaborirt/ aus Dessen hinterlassenen Schrifften aber nunmehro colligirt/ auch deren Innhalt mit sonderbar nützlichen Summarien ausgeziert und an das Tages-Liecht befördert

Von

IMMANUELE STAUDACHERO, C. B.

Deme noch beygefügt ein vollständiger gedoppelter Blatweiser über die Rechtl. Belehrungen/ wie auch derer vornehmsten hierinn befindlichen Sachen.

Nürnberg/ verlegts Johann Leonhard Buggel / Buchhändler. 1716.

PRÆFATIO

AD BENEVOLUM LECTOREM.

S*Istuntur hîc*, BENEVOLE LECTOR, *Consilia* JOHANNIS DANIELIS REYSERI, JCti *famigeratissimi*, SOCERI *quondam mei etiam post fata omni honoris cultu prosequendi. Quis fuerit* VIR *celeberrimus, qui paucis abhinc annis terrestria hæc cum immortalitate commutavit, & quænam Officia*

 gesserit,

gesserit, Programma INCLYTÆ ACADEMIÆ MARPVRGENSIS *nomine conscriptum & postea subnexum satis loquitur. Plura* B. SOCERI *laudibus à Genero sine assentationis notâ addi vix commodè posse credebam. Opus autem hoc ut publici juris facerem, non solum pietas, quam* BEATE DEFUNCTI *Manibus debeo, sed &* AMICORUM *plurimorum, qui ejus informatione cum insigni fructu quondam usi fuerunt, preces me commoverunt. Cæterum quantâ curâ Responsa hæc sint conscripta, quantâ ubivis doctrinâ & soliditate referta, ex eorum perlectione facilè constabit. Ast cum in loco remotiori prælo fuerint commissa, excusabis, si fortè sphalmata quædam Typographica, quibus mederi integrum mihi haud fuit, irrepserint. Interim vale & pro candore tuo omnia benè interpretare.*

LECTO-

LECTORIBUS SALUTEM,
CUM
OMNIGENÆ FELICITATIS VOTO:
JOH. HENRICUS Kleinschmidt/
J. V. D. ET PANDECTARUM PROFESSOR,
& hodiè Officio Rectoris hujus Academiæ
decessurus: precatur.

EA est B. L. Rerum humanarum conditio: Ut nihil sit omni ex parte in hac mortalitate beatum, nihil omnis miseriæ & calamitatis expers: Nihil, in quo minùs nostris optatis fortuna respondeat; quàm rerum charissimarum possessione diuturnâ: Et quæ solida, firmisque nixa radicibus putantur, temporis momento evertat. Idem quoque Ego cum Celeberrima ac Nobilissima Reyseriana Familia in exitu anni elapsi experti sumus: Dum enim lætus atque gaudio plenus Officium Rectoris anno præterito à Senatu Academico mihi demandatum iterum deponere meditabar; Quòd Hassia Nostra neque in summis Imperantibus, neque in Consiliariis, neque in Doctoribus atque Professoribus ullum passa fuerit detri-

mentum atque jacturam: deprehendi veritatem illius Ovidii:

Scilicet interdum miscentur tristia lætis.

Nam Eheu!

prius Vobis, Proceres atque Cives Acedemiæ honoratissimi, charissimi; Funus & obitum Nobilissimi, Amplissimi & Consultissimi Viri, Dn. *Johannis Danielis Reyseri*, J. V. D. & JCti famigeratissimi: Generosæ atque Nobilissimæ Familiæ Schenckianæ de Schweinsberg Juridici ac Syndici, nec non Judicii Hassiæ Provincialis Supremi Assessoris atque Consiliarii gravissimi: Amici atque Fautoris mei desideratissimi: non absque mœrore & luctu indicere cogor. Duxit verò Vir Nobilissimus, Clarissimus, Jurisque Consultissimus, nunc piæ memoriæ, vitæ exordium hic Marburgi Anno Redemptionis nostræ supra sesqui-millesimum quadragesimo, 8. (19.) Januarii, hora decima vespertina: Patrem habuit acerrimi judicii, Dominum Johannem Reyserum: Serenissimorum Principum Hasso-Darmstadiensium à Consiliis redituum Cameralium per quinquaginta & novem annos Primarium & Seniorem, meritissimum & fidelissimum: Matrem verò Matronam Nobilissimam atque Honestissimam, Catharinam Margaretham: ex Nobilissima atque Celeberrima Linckeriorum Familia ortam. Qui laudatissimi ejus Parentes statim filiolum hunc suum Christo Salvatori per sacrum fontem manciparunt, spondente

dente pro eo Viro Spectatissimo atque Gravissimo, Domino Daniele Seipio, tunc temporis Quæstore hic Marburgi fidelissimo: qui illi suum ac prælaudati Parentis nomen dedit, atque Johannem Danielem appellavit. Cùm autem prælaudati Parentes singularem indolem in hoc suo filio deprehenderent, non ignari liberalis educationis atque disciplinæ vim tantam esse in rebus humanis, ut paulatim transeat in mores, & ipsius naturæ vigorem obtineat, Illum Musis consecrarunt, & bonis literis erudiendum curaverunt: Primùm hic Marburgi domesticis Præceptoribus, posteà in illustri Pædagogeo Gissæ (quorsum ejus Parentes domicilium ad tempus transtulerunt) sub ductu & informatione Viri Clarissimi & Acutissimi Domini Casparis Ebelii Philosophiæ Professoris & Pædagogiarchæ Celeberrimi atque fidelissimi, à quo etiam anno 1656. sexto die Septembris, speciminibus quibusdam Oratoriis atque Poëticis Græcè atque Latinè elaboratis & habitis è carceribus classicis liberatus & ad Lectiones publicas promotus in Matriculam Studiosorum ibidem receptus est. Primis itaque studiorum fundamentis in Academia laudata feliciter jactis & positis ad Universitatem Fridericianam, tunc temporis Jenæ florentissimam, studia sua continuandi gratiâ anno sequente 1657. die 21. Sept. à Domino Parente fuit ablegatus, ibique die trigesimo ejusdem mensis, à p. t. Rectore Universitatis, Dno Schenck, Me-

dicinæ Doctore ac Professore, Albo Academico est inscriptus: Ab Johanne Ernesto Gerhardo verò Theologiæ Doct. & Professore Ordinario per commendationem Dni Parentis, cui fuit familiaris, liberaliter fuit receptus, ejusque auspiciis summâ diligentiâ, assiduitate atque vigilantiâ studium Philosophicum continuavit, & in Logicis atque Metaphysicis Magistrum artium Dn. Zeschen, & Dn. Magistrum Lobern, Facultatis Philosophiæ Adjunctum acutissimum habuit Doctores atque Præceptores: cui studio Philosophiæ Theoreticæ etiam junxit studium Philosophiæ Practicæ, ductu atque informatione Dni Professoris Olpei, sub cujus etiam præsidio specimen publicum politicum de Rebus publicis mixtis: in Logicis & Philologicis verò, de Nomine & Verbo: Præside prælaudato Magistro Zeschenio edidit: iisque testatus est, quod etiam in Historicis & stylo Latinitatis se diligentem exhibuerit. Quibus tamen non fuit contentus, sed Gissam ad Academiam domicilii reversus: dum cum Xenophonte probè intelligeret, Artes πυγὰς τῶν καλῶν omnium bonarum rerum fontem esse & scaturiginem: Studium Philosophiæ practicæ apud Professores atque Doctores tunc temporis in patria sua Academia celeberrimos, Dn. Doctorem Eyben, Professorem Juris extraord. & D. Dr. Lebleum, Profess. Pandect. & Politices continuavit, suamque in illo studio adhibitam diligentiam anno 1658. die quarto Decembris iterum specimine

publi-

publico, *de Actionibus humanis*, Præside D. Magistr. Weisen, Professore Moralium publico comprobavit. Cùm humanioribus itaque literis probè instructus esset, earum adminiculo excitatus & fretus ad altiora fastigia ascendendum sibi aspirandumque esse duxit: ac proinde sine ulteriore morâ ad nobilissimum sacratissimæ & saluberrimæ Jurisprudentiæ studium animum suum appulit in eadem Academia: ut in quâ fato quodam singulari, per commendationem optimi Parentis Reyseri, doctrinâ singulari atque accuratâ celeberrimum auctoritate atque dignitate summâ Jure-Consultissimum Virum, Dominum Johannem Taborem Universitatis Cancellarium & Facultatis Juridicæ Professorem primarium, Professorem, Doctorem atque Præceptorem, imò Patrem nactus fuit: cujus ductu ac methodica informatione, uti & cæterorum Professorum studio ita profecit, ut intra triennium totum curriculum Juris absolverit, illudque plurimis speciminibus, & inter illa duabus publicis disputationibus, una *de Mandato & Societate:* altera *de Contractibus innominatis*: omnibus & singulis, Prælaudato Viro Magnifico Tabore Præside, demonstraret: & quidem ita, ut non solùm à Præside suo, sed etiam ab aliis Professoribus Licentiâ capessendi summos in utroque Jure honores dignus judicaretur, & ad illam capessendam incitaretur: Quod etiam fortassis non detrectasset, nisi cum Parente ejus charissimo domicilium

iterum mutante hùc Marburgum nativitatis ſuæ locum anno 1662. reverti conſtituiſſet: Idque eò fecit libentiùs; quòd, ut indè usque ab initio Facultas Juridica in hac Illuſtri Academia, Deo dante, fatoque ſuo quodam ſingulari excelluit; ita etiam tùm floruit & commendata fuit plurimùm, propter doctrinam accuratam, auctoritatem & dignitatem ſummam Juris Conſultiſſimorum Virorum, Dn. Doctoris Erici Graffii, Dn. Johannis Kleinſchmidii, Parentis mei deſideratiſſimi: Dn. Joh. Hartm. Kornmanni, & aliorum: qui omnes Jus utrumque Cæſareum & Pontificium feliciſſimè Auditores docebant, & negotia hujus & aliarum Provinciarum ardua providè & gloriosè explicabant; ut ex illorum JCtorum converſatione atq; informatione tàm publicâ quàm privatâ proficere poſſet; non ignarus illius Fabri in Rubr. Proëm. Inſt.

Si quis forte velit Juriscon ſultus haberi.
Continuet ſtudium, velit à quocumque doceri.
Invigilet nec vincat eum tortura laboris.
Fortior inſurgat, cunctisque recentior horis.

Hos itaque Viros cùm duces & quaſi vindices adeptus eſſet Juris ſtudii ingenioſiſſimos & acutiſſimos, eorum præcipuè operâ & inſtitutione aſſiduâ uſus: ita SStæ Jurisprudentiæ caſtris militavit ſtrenuè, ita deſudavit, ita denique profecit egregiè, ut brevi, non artem tantùm boni & æqui, ſeparantem juſta ab injuſtis, diſcernentem æqua ab iniquis, licita ab illicitis, diſcendo atque docen-

do

do affecutus ſit, ut etiam Ipſe maturè magnus Doctor & Cauſarum Patronus meritò effectus, & ab extraneis deſideratus fuerit. Cùm autem defuncti noſtri Reyſeri Parenti placuerit hunc filium ſuum hîc Marburgi retinere, ex ejus conſilio ſelectum Oblationis argumentum pro congreſſu inaugurali conſcripſit, & anno 1666. die 15. Nov. publicè cum applauſu Auditorum ac Profeſſorum defendit; quô præſtito, & cæteris conſuetis examinibus exantlatis, Licentiâ capeſſendi ſummos in utroque Jure honores Ipſi cum laude eſt conceſſa: Qui Doctorales Honores Illi poſtmodum in anno 1670. die 2. Junii, cum aliis Candidatis, à prælaudato JCto Dno Johanne Hartmanno Kornmanno, J. U. D. & Jur. Can. Profeſſore, & tunc temporis Brabeuta ſolenniter ſunt collati. Quibus obtentis uti & anteà plures habuit vocationes, quas tamen omnes cum ſingulari modeſtia recuſavit, & maluit eſſe ſuus, quàm alienus: idque ex conſilio optimi ſui ſenio confecti Parentis: qui ſatiùs eſſe duxit in patria manere & honeſtè atque modeſtè vivere, quam apud Extraneos quæſtum quærere: Ubi etiam docendo Jura (veniâ ad hoc à Facultate Juridica priùs impetratâ) ita ſe die noctuque præbuit, ut non ſine gloria militaſſe dici queat: uti hoc plures egregii Viri Nobiles atq; Eruditi, qui ejus informatione uſi ſunt propriis teſtantur exemplis. In advocandi & in jure reſpondendi munere obeundo omnem diligentiam, omnem curam, omnes cogitationes eo contulit, ut

Amicorum, ut Civium, ut Patriæ necessitatibus consuleret; laborantibus succurreret; subveniret afflictis; oppressos ope & consilio adjuvaret; gloriosæ vocis confisus munimine injuriam passos & innocentes quovis modo defenderet; longe alium scopum habens quàm Forenses Rabulæ. Ob hanc itaque jura atque justitiam administrandi sinceritatem ac peritiam non solùm Nobilissima Gens & Familia Schenckiana Schvveinsbergæ piè nostrum defunctum Dn. Johannem Danielem Reyserum ipsorum Juridicum atque Syndicum anno 1694. die 29. Julii constituit, sed etiam Serenissimus Princeps noster Carolus, Dominus noster Clementissimus, Illi præ alio cum illo à Serenissimo Principe Hasso-Darmstadiensi, Dn. Ernesto Ludovico, ad Assessoratum Curiæ supremæ Hassiacæ, sive Judicii communis, ut vocant, Aulici, præsentato, ob ejus benè merita de bono publico & de Re literaria in hac nostra Civitate conferendum credidit, & eodem anno 1694. die 4. Octobris illud officium Principali diplomate decrevit: quibus officiis etiam ad terminum suæ vitæ laudabiliter functus, & jam defunctus est. Conjugium ejus quod attinet, sciendum, quòd JCtus Noster Reyserus anno, quo Doctoralia insignia Illi sunt collata, nimirum 1670. die 21. Novembr. præmisso parentum suasu & consensu; animi pietate, morum honestate & castitate conspicuam Virginem Doro, theam Bierau; Viri spectatissimi, gravissimi

visſimi Dni Eberhardi Bierau Patriæ Civitatis quondam Senatoris & Conſulis prudentisſimi, meritisſimi, filiam unicè dilectam conjugali ſibi ſociaverit vinculo; cum qua unum & viginti annos & aliquot menſes optatum duxit matrimonium, idque non infœcundum; octo enim procrearunt liberos; filios tres, & filias quinque; quibus ex numero liberorum perceptis gaudiis atra tamen mors ſuos poſuit limites, cum ante obitum dilectæ matris hos dilectisſimos Parentes duobus filiis & quatuor filiabus iterum privaret, & par ſolummodo liberorum, ſcilicet unum filium & filiam unam, poſt mortem chariſſimæ Conjugis mœſtiſſimo Viduo, defuncto JCto Reyſero, ſolatio relinqueret: Verùm nec hoc fuit diuturnum: Nam pauco poſt Matris obitum triſtis ei afferebatur nuncius, quod filius ejus unicus Theologiæ Studioſus & optimæ ſpei Juvenis febri maligna in Univerſitate Lipſienſi ſtudiorum degens ſit corruptus, imò ereptus: Quô ipsô deſiderium chariſſimæ defunctæ Conjugis, (quam anno 1691. cum ſperata prole in utero matris amiſerat, æque ac liberorum defunctorum graviſſimè fuit renovatum: cùm ſe filio unico orbatum, Familiam autem Reyſerianam ſucceſſore & propagatore privatam ſentiret, qui votum viduitatis poſt mortem charisſimæ uxoris præſtitum ad articulum mortis ſervaturum ſibi propoſuerit, idque ſanctè præſtiterit, adeoque omnem ſpem ac ſolatium in Chriſto Salvatore ſuo quæſivit: Religione enim ſincera & pietate (quæ inter omnes virtutes principem tenere debet locum) JCtus Noſter nihil habebat prius, nihil antiquius. Hujus amore flagrabat: ſic eam ſemper colebat, ut non priùs ullà de re aliâ ſuſcipienda cogitaret, quam vel concionem ſacram audiviſſet: vel caput aliquod è Bibliis Sacris, aut probati alicujus Theologi monumentis & legiſſet diligenter, & animo mandaſſet fideliter. Noverat enim verbo divino edoctus conſultatio-

tationibus & actionibus hominum Deum invocatum adesse, easq; ad scopum dirigere felicem. Verùm cùm JCtus Noster Reyserus præclaram Rei literariæ, studio juridico, ejusque Cultoribus, Reique publicæ navasset operam, & omnes naturæ suæ vires in annum septuagesimum tertium usque studiosissimè & vehementissimè exercuisset: ejus valetudo infirmior ac imbecillior esse, ac ab aliquo tempore gravissimo affectu asthmatico laborare cœpit: quapropter cum deprehenderet terminum vitæ appropinquare, saluti consulturus fidem constantissimam contra omnes Satanæ impetus confirmaturus sanctissimum Christi Corpus & pretiosissimum Sanguinem paucos dies ante obitum summa devotione, reverentiâ pietateque sumpsit, atque ita cum Deo & Christo suo Redemptore reconciliatus Divino beneplacito se totum humillimè submisit, & die 25. Decembr. anni heri finiti 1712. ipso die partui Virgineo sacro inter horam septimam & octavam matutinam animam Deo suo reddidit, cùm in hac mortalitate & miseria vixerit 72. annos decem menses & 25. dies. Reliquum est Proceres ac cives hujus Academiæ omnium Ordinum honoratissimi, ut benevolum nostrum animum ergà piè defunctum, & de Republica literaria benè meritum etiam post mortem conducendo funus ad locum sepulturæ testemur, ultimumque Ei exhibeamus pietatis officium: Quare eâ qua par est reverentiâ atque humanitate rogo, ut proximo die Martis, qui erit tertius mensis Januarii gratiâ divinâ Novi inchoati Anni 1713. ad ædes piè defuncti frequentes convenire, funusque ejus decente ordine sequi velitis: Quô factô luctum mœstissimæ relictæ Filiæ, Matronæ honestissimæ, Generi atque Fratris non parùm levabitis; Me verò Vestræ continuæ erga me benevolentiæ eò certiorem reddetis, si deprehendero etiam has meas ultimas preces & invitationem Rectoralem non minùs ponderis, quàm anno 1691. quô anno, nescio quô fato: etiam funus charissimæ Defuncti Uxoris quà Pro-Rector indicere cogebar, apud Vos, Commilitones atque Collegæ charissimi suavissimi, & nunc fuisse. Valete, P. P. Ipsis Kalendis Januarii Anno M. DCCXIII.

SERIES

SERIES CONSILIORUM

per RATIONES DUBITANDI & DECIDENDI
plenissimis discussorum,
immixtis QUÆSTIONIBUS JURIDICIS
Triturâ forensi examinatis.

CONSILIUM I.

Sequentes continet Quæstiones maximè ad Materiam Emtionis & Venditionis pertinentes.

An Consorti altero irrequisito partem suam quo indiviso alienare liceat?
Ob einem Consorten ohne des andern Vorbewust seinen Antheil pro indiviso zu veräussern erlaubt?
Nudi Tractatus quomodo à contractu differant?
Wie blose Tractaten von einem Contract unterschieden?
An ab Emptione Venditione perfecta resilire liceat?
Ob von einem einmal getroffenen und vollkommen geschlossenen Kauff wieder abzuspringen erlaubt?
Si terminus solutioni destinatus præterlapsus, quænam actio detur?
Wann mit dem verglichenen Ziel zu bestimbter Zeit nicht eingehalten worden / was vor eine Action Platz ergreiffe?

Pro Nobili & Fratre quænam militet præsumtio?
Was vor eine Vermuthung einer von Adel und Bruder vor sich habe?

An Coloni vel Proxenetæ ad testificandum admittendi?
Ob Hof-Leute oder Unterhändler als Zeugen zuzulassen?

Quatenus Juramentum purgatorium á Reo præstitum juranti prosit?
Wie weit das von dem Beklagten abgeschworne Juramentum purgatorium selbigem zu gut komme?

Qualem effectum cessio inducat?
Von der Würckung einer Cession?

Quando Emptor primus secundo præferendus?
Wann der erste Kauffer dem zweyten vorzuziehen?

An res litigiosa alienari possit?
Ob ein strittiges Gut veräussert werden könne?

Utrum socius sive consors extraneo Emptori præferendus, & Retractus ex capite vicinitatis quando locum obtineat?
Ob ein Consort einem frembden Käuffer vorzuziehen / auch wann und zu welcher Zeit die Marck-Losung statt finde?

Contractus emptionis quando pro perfecto habeatur?
Wann der Kauff-Contract vor vollzogen zu halten?

An proprietas fundi, in quo alteri ususfructus competit, alienari possit?
Ob der Eigenthum eines Guts / woran einem andern der Abnutzen zukombt / veräussert werden könne?

Quatenus membra universitatis testes idonii reputentur?
Wie weit die Zeugen aus einer Gemein vor tüchtig zu achten?

Juramentum litis decisorium morte jurantis confirmatum quidnam operetur?
Von dem Effect, so das durch den Tod bestättigte Juramentum litis decisorium nach sich ziehe.

Quanam

Quanam actione à Contractu emtionis resolvens conveniendus?
Was vor eine Action gegen den jenigen / so von einem Kauff abgehet / anzustellen?
An Testibus variantibus & contradicentibus fides habenda?
Was von Zeugen / so sich selbst widersprechen / zu halten?
Solutio quomodo probanda?
Wie die Zahlung behörig zu erweisen?
An cancellatio Instrumenti ab altera parte insecuta Emptoris approbatio contractum semel initum tollat?
Ob die Zerreissung der Kauffertul andern Theils daraus erfolgte Genehmhaltung den einmal errichteten Contract aufhebe?
Ut cessio subsistat, quænam requirantur?
Was zur Gültigkeit einer Cession erfordert werde?
Quales cautelæ circa depositionem pretii nec non traditionem fundi venditi observandæ?
Was vor Cautelen bey Hinterlegung des Kauff Gelds und Ubergab eines verkaufften Guts zu beobachten?
Quatenus Creditor antichreticus possideat?
Wie weit dem Creditori antichretico der Besitz zukomme?
An retractus Metrocomiæ in Hassia receptus & quonam spatio?
Ob die Marcklosung in Hessen hergebracht / und wann solche vorgenommen werden müsse? 1, 2, & 3

Consilium II.

In Puncto venditorum & cessorum Bonorum.
Von verkaufften und angewiesenen Güttern. 73

CONSILIUM III.

Circa Pactum de non alienando prædium inter coheredes conditum & reservatum Retractum conventionalem.

Von einer unter Mit-Erben durch Vergleich verbottener Veräusserung eines Guts und vorbehaltenem Näher-Recht. 85

CONSILIUM IV.

An Emptor rei alienæ, quia in ejus qualitatem curiosè non inquisivit, ad restitutionem fructuum tam perceptorum quam percipiendorum teneatur?

Ob der jenige / so ein frembdes Gut kaufft / von deßwegen / weiln solcher dessen Zustand nicht genau erforschet / zu Erstattung der erhobenen und zu erheben gestandenen Früchten gehalten seye? 105

CONSILIUM V.

An Dominium directum etiam in fœminas transeat, hæque etiam Feudorum Regalium & clientelæ sint capaces?

Ob der Ober-Eigenthum auch dem weiblichen Geschlecht/wie auch Land- und Herschafften benebenst der Schutz-Gerechtigkeit angedeyhe?

An etiam in Subfeudis nec non Feudis ex pacto & providentia succedant?

Ob solche auch in denen Affter- und Mann-Lehen succediren?

Expectativa quale Jus in Subfeudo tribuat?

Was vor Recht aus der Anwartung eines Affter-Lehens erwachse?

Quid

Quid Juris, si Domino sine prole masculâ decedente illud ad Dominum primum devolvatur?

Was Rechtens sey / wann bey Abgang des Lehen-Herrns ohne Männliche Erben das Affter-Lehn dem Ober-Lehen-Herrn anfällt?

An Feuda Imperii consolidationi sint obnoxia, & cum Subfeudis inde dependentibus Sub-Vasallo acquirantur?

Ob bey denen Reichs-Lehen die Vermischung des Eigenthums statt finde / und selbige nebst denen darvon dependirenden Affter-Lehen auf den Affter-Lehemann verfallen? 113. 114

Consilium VI.

An pecunia à Patre in emptionem feudi novi pro heredibus masculis collocata vel feudi empti æstimatio detractioni Legitimæ subjaceat, eamque filia de jure prætendere valeat?

Ob in dem Fall / da der Vatter ein neu Mann-Lehen erkauffet / dessen Tochter die Legitimam von dem Kauff-Schilling oder den Werth des erkaufften Lehen-Guts anzuheischen befugt?

An feudo hoc pro majori pretio iterum vendito illa pecuniæ ex feudo redactæ similiter fiat particeps?

Wann sothanes Lehen nachgehends höher verkaufft wird / ob selbige an dem daraus erlösten Kauff-Geld Theil habe? 177

Consilium VII.

In materia Ædilitii Edicti circa equum venditum, qui in itinere lapsu periisse dicitur.

In puncto Ædilitii Edicti ein verkaufftes Pferd / so durch einen auf der Reiß gethanen Fall beschädiget worden / und kurtz hierauf crepiret / betreffend. 187

CONSILIUM VIII.

Rotulus examinis & atteſtationum, cujus ſumptibus edendus & communicandus?

Auf weſſen Koſten der Rotulus auszulöſen und mitzutheilen. 189

CONSILIUM IX.

An Articuli Reprobatoriales poſt teſtimonia jam tum publicata & dictata admittantur?

Ob Articuli Reprobatoriales nach geführten und allbereits Gerichtlich publicirten Beweißthum zuläßig? 196

CONSILIUM X.

Quomodo Teſtamentum, quod factum eſſe negatur, probandum?

Welcher Geſtalt ein Teſtament, ſo abgelaugnet wird / zu erweiſen?

De Transactionibus invalidis atque validis, ubi ventilatur quæſtio: An Remedium *L. 2. C. de reſcind. vend.* etiam in Transactione obtineat?

Von ungültigen auch gültigen Vergleichen / wobey die Frage unterſuchet wird: Ob das Remedium *L. 2. C. de reſcind. vend.* auch in Transacten ſtatt finde?

Quænam actio contra Vitricum intentanda? honeſtarum perſonarum aſſiſtentia & Magiſtratus decretum quale Transactioni robur addat?

Wie ein Vergleich / vermittelſt ehrlicher Leute Beyſtand und Obrigkeitlicher Bekräfftigung zu beſtärcken?

Quid

Quid juris circa prætensam defraudationem Legitimæ, læsionem ac restitutionem Minorum, Transactionem geminatam ac Renunciationem Læsionis enormissimæ?

Was Rechtens / bey angeblicher Verkürtzung der Legitimæ, Vervortheilung und Restitution derer Minder-jährigen wiederholter Transaction, auch wann der Læsioni enormissimæ renuntiiret worden?

Quatenus Transactio per noviter reperta Instrumenta rescindenda?

Wie ein Vergleich wegen neugefundener Documenten wiederum aufzuheben?

CONSILIUM XI.

Super donatione omnium bonorum inter vivos nec non Fideicommisso universali.

Uber eine Schenckung aller Gütter unter Lebendigen / wie auch ein Universal-Fideicommiss. 243

CONSILIUM XII.

Circa Fideicommissum controversum.

Von einem strittigen Fideicommiss. 249

CONSILIUM XIII.

Quatenus Substitutio pupillaris ab Aviâ in Testamento facta non jure Substitutionis sed Fideicommissi valida sit?

Wie weit eine von einer Groß-Mutter in ihrem Testament verfügte Substitutio pupillatis nicht als eine Substitution sondern Fideicommiss kräfftig seye?

An Patri Legitima Testamento intercipi possit?
Ob einem Vatter seine Legitima durch Testamentarische Verordnung entzogen werden könne? 256

Consilium XIV.

In eadem Materia.

An præteritio Patris Testamentum ab Aviâ conditum ipso jure nullum reddat, vel illud mediante clausula codicillari salvetur, adeò ut Pater Legitimam tantum prætendere valeat?
Ob sothanes Altvätterliche Testament durch Verkürtzung des in seiner Legitima von Rechtswegen null und nichtig seye oder vermittelst der Clausulæ Codicillaris bestehen könne / und der Vatter allein besagte Legitimam anzuheischen befugt? 263

Consilium XV.

An Avia pupillariter substituere valeat?
Ob eine Großmutter pupillariter substituiren könne? 269

Consilium XVI.

De desertione & omissâ prosecutione appellationis interpositæ & introductæ, nec non cumulatione nullitatis insanabilis.
Ob und welcher Gestalten einer interponirten auch forters introducirten Appellation durch deren unterlassene Fortführung renunciiret / und selbige vor desert zu achten / auch die Nullitäten-Klage mit selbiger zugleich cumuliret werden könne? 272

Consi-

Consilium XVII.

An desertâ Appellatione executio Sententiæ fieri possit, tametsi in integrum restitutio petita & in sententiâ reservata fuerit?

Ob bey versäumter Appellation die Execution des Urtheils zu vollziehen / obschon der appellirende Theil dargegen Restitution gesucht / solche auch in dem Urtheil vorbehalten worden? 295

Consilium XVIII.

De connexitate causarum nec non nullitate ex defectu jurisdictionis proveniente.

Von der connexitate causarum und wegen ermangelter Bottmäßigkeit entstehender Nullität.

An ad Judicem, qui super nullitate cognoscit, causa etiam principalis devolvatur?

Ob dem jenigen Richter / so die Nullität untersucht / auch die Haupt Sach zu erörtern zukomme?

Utrum desertâ Appellatione etiam nullitas deserta censeatur, & Appellationis atque Nullitatis remedia cumulari possint?

Ob / wann die Appellation desert, hierdurch auch die Nullitäts-Klag desert worden / auch jene mit dieser zugleich vorstellig gemacht werden könne? 300

Consilium XIX.

Continentia causæ quonam fundamento substantialiter nitatur?

Auf was vor einen Grund die continentia causæ eigentlich bestehe? 309

CONSILIUM XX.

De Jure Retractus, alienatione atque cessione rei vel Juris litigiosi nec non remissione pretii in fraudem alterius facta.

Vom Näher-Kauff-Veräußerung und Uberlaßung eines strittigen Guts oder Rechts / auch Verringerung des Kauff-Schillings einem andern zum Nachtheil. 313

CONSILIUM XXI.

De Revocatione Pactorum totalium per Testamentum confirmatorum, condito Testamento revocatorio, nec non distractione domus dotalis.

Von Wiederruffung aufgerichteter und durch ein Testament bestättigter und wiederholter Ehe-Pacten / Errichtung eines anderwärtigen widerrufflichen Testaments auch Veräusserung einer zum Braut-Schatz mitgegebenen Behausung. 321

CONSILIUM XXII.

Quando Pacta dotalia in vim ultimæ voluntatis vel instar contractus erecta?

Wann die Ehe-Pacten in Form eines letzten Willens oder Contracts errichtet worden?

An præter paciscentium consensum & subscriptionem etiam Testium præsentia ad eorum subsistentiam pertineat?

Ob

Ob benebenst dem Consens und Unterschrifft der Vertrauten / darbey auch gewisse Zeugen erfordet werden? 346

CONSILIUM XXIII.

Quatenus Mulier, quæ mediante antenuptiali sibi prospexit, ad æs alienum à Marito contractum obstringatur.

Wie weit eine Frau vor ihres Manns Schulden / worgegen selbige in denen Ehe-Pacten sich verwahret / zu stehen verbunden?

Ad recipiendam solutionem nec non compensationem quænam requirantur?

Was zu Erhebung einer Schuld-Forderung und Compensation ferner erfordert werde?

De Fidejussione per Instrumentum cautionis Creditori transmissum celebratâ.

Von einer Verbürgung / so vermittelst eines dem Creditori übermachten Cautions-Scheins eingegangen worden.

An Forum contractus vel domicilii ratione fidejussionis & fori inde fundandi attendatur?

Ob auf das Forum Contractus oder Domicilii wegen sothaner Bürgschafft das Absehen zu nehmen?

An Mulier pro debito à Marito ante matrimonium contracto interveniens eoque nomine indemnitatem promittens efficaciter obligetur?

Ob eine Frau vor die von ihrem Mann vor ihrer Verheyrathung gemachte Schuld / wovor selbige sich nachgehends eingelassen und gut gesprochen / zu stehen / mit Bestand geheißen werden könne? 359

CONSILIUM XXIV.

An Mulier quoad communem negotiationem quam cum Marito exercuit, obligetur?

Ob eine Ehe-Frau wegen des mit ihrem Mann geführten gemeinen Handels verbunden?

Quatenus Heres universalis pro debitis Testatricis teneatur? ubi de transactione judiciali nonnulla simul adduntur.

Wie weit ein Universal-Erbe vor der Erblasserin Schulden zu stehen gehalten? Worbey zugleich von gerichtl. Vergleich einiges mit beygefüget wird. 383

CONSILIUM XXV.

In causa Debitorum mutuorum inter viduam christianam & Judæum controversorum, ubi etiam materia recusationis juramenti delati, pravitatis usurariæ, falsificationis libri domestici, compensationis mutuarum prætensionum, exceptionis non numeratæ pecuniæ, SCti Vellejani, nec non juramenti oblati &c. solide examinatur.

Von einigen zwischen eines Christen Wittib und einem Juden strittigen Forderungen und Gegen-Forderungen/ worbey verschiedene andere Fragen/ als von Verweigerung des übertragenen Eyds übermäßigen Wuchers/ Verfälschung des Schuld-Buchs/ Vergleichung beyderseitiger Schuld-Forderungen/ der Exception non numeratæ pecuniæ, SCto Vellejano, wie auch selbst-angebottenen Eyd &c. gründlich erörtert werden. 398

CONSILIUM XXVI.

An Debitor principalis, qui ſolvendo eſt, prius conveniendus & executiendus, licet Fidejuſſor omnibus beneficiis juris renunciaverit?

Ob der Haupt-Schuldner / wann ſolcher zu bezahlen hat / erſtlich zu belangen / obſchon der Bürg aller Rechtl. Wohlthaten ſich begeben? 451

CONSILIUM XXVII.

An Vaſallo etiam ſine Domini conſenſu dotalitium viduæ in feudo conſtituere ſit permiſſum?

Ob einem Vaſallen erlaubet ohne Lehen-Herzliche Bewilligung einen Wittumb auf dem Lehen zu vermachen?

An Victor ſuper expenſis ſententiâ obtentis & præviâ Judicis moderatione determinatis juramentum præcisè præſtare teneatur?

Ob die zuerkannte und von dem Richter moderirte Unkoſten nothwendig vermittelſt eines Eyds zu erhärten?

Quid circa extrajudiciales judicandum?

Was mit denen Extrajudicial-Unkoſten es vor eine Beſchaffenheit habe? 453

CONSILIUM XXVIII.

An Bona in dubio pro Feudalibus vel Emphyteuticis ſint habenda, hæcque validè alienari queant?

Ob Gütter / wann hierüber Zweiffel vorfällt / vor Lehen oder Erb-Zinß-Gütter zu halten / und dieſe letztere mit Beſtand veräußert werden können? 458

CONSILIUM XXIX.

An onus dotalitii pro reali seu feudo inhærente sit habendum & nudus Successor feudalis, qui in Bonis Allodialibus non succedit, ad illud obstringatur.

Ob die Wittums-Verpflegung vor eine Real-Beschwerde eines Lehens zu halten / und ein bloser Lehens-Agnat, so in denen Erb-Güttern nicht succediret / zu deren Abtrag verbunden seye?

An post viduæ mortem ipsius heredes reditus dotalitios justo tempore non solutos exigere valeant?

Ob nach der Wittib Tod der Nachstand / daferne solcher zu behöriger Zeit nicht entrichtet worden / von ihren Erben eingeklaget werden könne? 472

CONSILIUM XXX.

In puncto Successionis feudalis inter Collaterales controversæ.

Von einem unter Collateralen strittigen Lehens-Anfall. 478

CONSILIUM XXXI.

An Jus primogenituræ à Comite per Testamentum & Codicillos noviter introductum pro valido reputetur.

Ob das von einem Reichs-Grafen vermittelst einer Testamentarischen Verordnung und Codicillen neu-eingeführte Recht der Erst-Geburt vor gültig zu achten? 494

CONSI-

CONSILIUM XXXII.

De Querela Spolii ejusque restitutione, pravitate usuraria & exstincta sorte, nec non nullitate aliisque exceptionibus.

Uber eine Spolien-Klage und dessen Wiedererstattung übermäßigen Wucher und erloschenen Capital, wie auch von Nullitäten und andern Exceptionen. 508

CONSILIUM XXXIII.

Circa operas indeterminatas à subditis denegatas, ubi plures moventur quæstiones.

Von ungemeßenen an Seiten der Hintersaßen geweigerten Frohn-Diensten / worbey verschiedene Fragen erreget werden.

An Copia in Archivo publico recondita plenam fidem mereatur?

Ob einer im Archiv verwahrten Copey völliger Glauben beyzumessen?

Quatenus observantia in puncto operarum respicienda?

Wie weit auf das alte Herkommen wegen sothaner Dienste die Absicht zu nehmen?

Quid juris, si sub certa æstimatione precariò ac literis reversalibus à Domino acceptis præstitæ?

Was Rechtens / wann solche gegen Bezahlung / Bittweiß oder gegen einen von dem Gerichts-Herrn zuruck gegebenen Revers verrichtet worden?

An amissio documenti juramento probanda?

Ob ein verlohrner Schein vermittelst Eyds zu erhärten?

An petitori jus exigendarum operarum docere incumbat, & pro libertate præsumatur?

Ob

Ob dem jenigen / so zu denen Diensten berechtiget zu seyn vorgiebt / solche zu erweisen obliege / und vor die Exemtion die Vermuthung stehe?
An operarum præstatio pro fructu Jurisdictionis reputanda?
Ob die Frohn-Dienste vor ein nutzbahres Stück der Gerichtbarkeit zu halten?
An Servitia Transactione judiciali determinata extendenda, subditique ad Castrum novum à Domino exstruendum vel vetus reparandum concurrere debeant?
Ob ausser denen in einem Gerichtlichen Recess ermeldte Dienste mehrere mit Fug gefordert werden können / auch die Unterthanen ihrem Herrn zu Aufrichtung oder Erhaltung des Ritter-Sitzes beyzuspringen schuldig?
Quænam distinctio inter operas, quæ Dominii & econtra Jurisdictionis intuitu debentur, observanda?
Was vor ein Unterschied zwischen denen jenigen Diensten / so in Ansehung des Eigenthums oder der Gerichtbarkeit geleistet werden müssen in acht zu nehmen?
Quando operæ pro pertinentiis Castri sint habendæ?
Welcher Gestalt die Baudienste unter die An- und Zugehörungen eines Ritter-Guts zu rechnen?
An intentio Domini Castri contra subditos tàm in Petitorio quàm Possessorio sit fundata?
Ob des Burg-Herrn Suchen so wohl in Petitorio als Possessorio gegen dessen Hintersassen gegründet? 525. 526

CONSILIUM XXXIV.

An Opificis inviti ad Collegia opificiaria à Superioribus de Jure adstringi possint?
Ob Handwercks-Leute wider ihren Willen zünfftig zu werden von dem Ober-Herrn mit Recht angehalten werden können? 583

CONSILIUM XXXV.

De divortio, privatione Ususfructus & juris succedendi in Bonis Uxoris revocatione pactorum dotalium, denegatione fructuum ex Rebus Dotalibus provenientium eorumque alienatione, nec non cumulatione actionis injuriarum.

Von einem Ehe-Scheidungs-Process, verlustig gemachten Abnutzen und Successions-Recht in der Frauen Güttern / Widerruffung derer Ehe-Pacten / Verweigerung derer von denen Dotal-Güttern fälligen Früchten und deren Veräusserung / wie auch cumulirung der Injurien-Klage. 620

CONSILIUM XXXVI.

In causa possessorii pro debito ex tutela resultante constituti, inque eo admissæ turbationis.

Von dem constituto possessorio wegen verwalteter Vormundschafft und dahero erwachsener Schuld-Forderung / auch dargegen verübter Turbation. 635

CONSILIUM XXXVII.

De Bonis Avitis Fideicommisso perpetuo affectis, nec non durante matrimonio acquisitis ac maternis, ut & renunciatione filiarum nobilium, divisione rerum pretiosarum, nec non mobilium atque moventium.

Von Alt-Vätterlichen mit einem immerwährenden Fideicommiss belegten Güttern / wie auch was vor währender Ehe erworben oder Mütterlich zu halten? Jngleichen von Verzicht derer Adelichen Töchter / und Theilung derer pretiosen Mobilien und Moventien. 645

CONSILIUM XXXVIII.

Fideicommisso conventionali per Pactum Familiæ introducto, an Agnatus proximior alienationem boni Fideicommissarii in remotiorem factam jure Retractus rescindere valeat?

Wann in einem Burg-Frieden ein Fideicommiss eingeführet worden / ob der nächste Gan-Erbe des Näher-Rechts sich bedienen / und die an einen andern Geschlechts-Vettern gethane Veräusserung oder Verpfändung eines Stamm-Guts umstossen könne? 693

CONSILIUM XXXIX.

An & quatenus Interesse alterius Interesse exigere liceat?

Ob und welcher Gestalten Interesse von Interesse zu fordern erlaubt? 697

CONSILIUM XL.

In puncto renunciationis à Filiâ Nobili pro se & heredibus factæ; ubi quæritur: An illa provalidâ & more

more inter Familias Illustres consueto præstitâ nec non juratâ sit habenda, & Filiis in tantum præjudicet, ut ejus intuitu ab hereditate patrui sint excludendi?

Uber einen von einer Adelichen Fräulein vor sich und ihre Erben gethanen Verzicht / worbey gefragt wird / ob solcher vor kräfftig / und als ein bey vornehmen Familien üblicher / auch vermittelst eines Cörperlichen Eyds bestärckten Verzicht zu achten? Ob selbiger ihren Söhnen dergestalten zum Nachtheil gereiche / daß solchen ihres Vetters Verlassenschafft dardurch entzogen werde?

An in Summariissimo Immissio ex Interdicto quorum bonorum pro illis decernenda, vel Possessorium cum Petitorio cumulandum?

Ob in summariissimo die Immission ex Interdicto quorum bonorum vor selbige zu erkennen / oder das Possessorium cum Petitorio zu cumuliren? 708

CONSILIUM XLI.

De lucranda Donatione propter nuptias nec non nullitate examinis testium & amissione articulorum probatoriorum.

Weme die Widerlage zufalle / wie auch von Nullität der Zeugen-Verhör / und verlohrnen Articulis Probatoriis. 735

CONSILIUM XLII.

An Parentes duas Quartas Legitimam & Trebellianicam de Jure deducere valeant?

Ob auch denen Eltern von ihrer Kinder Verlassenschafft zwey Quartæ von Rechtswegen gebühren? 750

CONSILIUM XLIII.

In causa Testamenti paterni inter liberos à Parocho & sex testibus subscripti, diversorum Legatorum in illo relictorum, Reconventionis á Legatariis contra heredes testamentarios intentatæ, nec non delato vel relato Juramento judiciali.

Uber einen von einem Vatter unter Kindern errichteten / von einem Pfarrer und sechs Zeugen unterschriebenen Testament, und darinnen verordneten verschiedenen Vermächtnüssen / auch von denen Legatariis gegen die Testaments-Erben angestellten Reconvention, und übertragenen oder referirten Judicial-Eyd. 764

CONSILIUM XLIV.

Testamentum ab Aviâ conditum quatenus sit validum?

Ein Groß-Mütterliches Testament betreffend / und wie weit solches gültig? 780

CONSI-

CONSILIUM XLV.

An Pupillis habitationes à Tutoribus cum decreto Magiſtratus absque inevitabili tamen neceſſitate & cauſæ cognitione diſtractas, pretioque in ipſorum utilitatem haud converſo, vindicare liceat?

Ob Pupillen die von ihren Vormündern mit Obrigkeitlicher Bewilligung jedoch ohne tringende Noth oder Unterſuchung der Sache veräuſſerte Hof-Raithe / da der Kauf-Schilling in ihren Nutzen nicht verwendet worden / einzuklagen berechtiget? 817

CONSILIUM XLVI.

In Puncto Pacti Gentilitii à Familia quadam illuſtri conditi, & quomodo iſtud ratione futuræ ſucceſſionis interpretandum?

Einen zwiſchen einem ſichern hohen Hauß errichteten Stamms-Vertrag betreffend / und wie ſolcher wegen künfftig etwa ſich ereignender Fälle auszulegen? 837

CONSILIUM XLVII.

Rationes quomodo ordinatæ eſſe debeant, ut pro fide dignis & ex aſſe perfectis habeantur?

Wie Rechnungen beſchaffen ſeyn müſſen / wann ſolche vor vollkommen und in allen Stücken rechtlicher Gebühr nach eingerichtet zu halten und zu paſſiren ſeyen?

An defectus circa illas occurrentes vel Juramento ipsius Administratoris, vel illo mortuo oblato ab ipsius heredibus Juramento Credulitatis suppleri valeant!

Ob die darbey vorkommende Mängel dardurch ergäntzet werden können / wann entweder der berechnete Diener selbsten solche zu beschwören / oder nach dessen Tod die hinterlassene Erben zu dem Juramento credulitatis sich anerbietig machen wollen?

Quando Rationes pro approbatis nec non redditis & expunctis reputentur?

Wann solche vor passabel angenommen / und dadurch der Diener oder dessen Erben vor völlig liberirt zu halten?

An Administrator vel ejus Heredes ab earum redditione Præscriptionis Exceptione sese liberare valeant?

Item: Ob von selbigen im Gegentheil die Exceptio der Verjährung vorgeschirmet werden könne? 880

Consilium XLVIII.

De Apprehensione Possessionis Bonorum colonariorum ex capite prætensæ Donationis nulliter facta, nec non conservata per Colonos jure Posses-

possessionis, interdicto uti possidetis & decreto manutenentiæ.

Von nichtig ergriffener Possession in Hof-Güttern wegen angeblicher Schenckung / wie auch vermittelst derer Hof-Leute erhaltenen Besitz-Recht / dem Interdicto uti possidetis und Manutenenz-Decret. 909

CONSILIUM XLIX.

In eadem Causa.

Quatenus amicitiæ cultæ & compensationis Meritorum in donationis prætensæ cumprimis magnam quantitatem articulo ratio habeatur?

Wie weit auf die gepflogene Freundschafft und Vergeltung der geleisteten Dienste bey einer angeblichen / zumalen ansehnlichen Schenckung die Absicht zu nehmen?

Constitutum possessorium quando locum non habeat?

Wann das Constitutum Possessorium keinen Platz finde? 918

CONSI-

Consilium L.

De Homicidio à milite ebrio commisso.

Uber eine von einem trunckenen Soldaten begangene Mordthat? 927

PRIMUM

PRIMUM CONSILIUM ſeu RESPONSUM

ſequentes maxime continet

QVÆSTIONES

ad

MATERIAM EMPTIONIS ET VENDITIONIS

pertinentes.

An Conſorti altero irrequiſito partem ſuam pro indiviſo alienare liceat?	Ob einem Conſorten ohne des andern Vorbewuſt ſeinen Antheil pro indiviſo zu veräuſſern erlaubt?
Nudi Tractatus quomodo à contractu differant?	Wie bloſe Tractaten von einem Contract unterſchieden?
An ab Emptione Venditione perfecta reſilire liceat?	Ob von einem einmal getroffenen und vollkomen geſchloſſenen Kauff wieder abzuſpringen erlaubt?
Si terminus ſolutioni deſtinatus præterlapſus, quænam actio detur?	Wann mit dem verglichenen Ziel zu beſtimbter Zeit nicht eingehalten worden / was vor eine Action Platz ergreiffe?
Pro Nobili & Fratre quænam militet præſumtio?	Was vor eine Vermuthung einer von Adel und Bruder vor ſich habe?
An Coloni vel Proxenetæ ad teſtificandum admittendi?	Ob Hoff-Leute oder Unterhändler als Zeugen zuzulaſſen?
Quatenus Juramentum purgatorium à Reo præſtitum juranti proſit?	Wie weit das von dem Beklagten abgeſchworne Juramentum purgatorium ſelbigem zu gut komme?

Qualem effectum cessio inducat?	Von der Würckung einer Cession?
Quando Emptor primus secundo præferendus?	Wann der erste Kauffer dem zweyten vorzuziehen?
An res litigiosa alienari possit?	Ob ein strittiges Gut veräussert werden könne?
Utrum socius sive consors extraneo Emptori præferendus, & Retractus ex capite vicinitatis quando locum obtineat?	Ob ein Consort einem fremden Käuffer vorzuziehen / auch wann und zu welcher Zeit die Marck-Losung statt finde?
Contractus emptionis quando pro perfecto habeatur?	Wann der Kauff-Contract vor vollzogen zu halten?
An proprietas fundi, in quo alteri usus fructus competit, alienari possit?	Ob der Eigenthum eines Guts / woran einem andern der Abnutzen zukombt / veräussert werden könne?
Quatenus membra universitatis testes idonei reputentur?	Wie weit die Zeugen aus einer Gemein vor tüchtig zuachten?
Juramentum litis decisorium morte jurantis confirmatum quidnam operetur?	Von dem Effect, so das durch den Tod bestättigte Juramentum litis decisorium nach sich ziehe.
Quanam actione à contractu emtionis resolvens conveniendus?	Was vor eine Action gegen den jenigen / so von einem Kauff abgehet / anzustellen?
An Testibus variantibus & contradicentibus fides habenda?	Was von Zeugen / so sich selbst widersprechen / zu halten?
Solutio quomodo probanda?	Wie die Zahlung behörig zu erweisen?
An cancellatio Instrumenti ab altera parte insecuta Emptoris approbatio contractum semel initum tollat?	Ob die Zerreissung der Kauffertul andern Theils daraus erfolgte Genehmhaltung den einmal errichteten Contract aufhebe?

Ut

Ut ceſſio ſubſiſtat, quænam requirantur?	Was zur Gültigkeit einer Ceſſion erfordert werde?
Quales cautelæ circa depoſitionem pretii nec non traditionem fundi venditi obſervandæ?	Was vor Cautelen bey Hinterlegung des Kauff-Gelds und Ubergab eines verkaufften Guts zu beobachten?
Quatenus Creditor antichreticus poſſideat?	Wie weit dem Creditori antichretico der Beſitz zukomme?
An retractus Metrocomiæ in Haſſia receptus & quonam ſpatio?	Ob die Marcklosung in Heſſen hergebracht/und wann ſolche vorgenommen werden müſſe?

SUMMARIA.

1. *Tractatus à contractu quomodo differat, & quando in perfectum contractum degeneret.*
2. *Emptor propriâ authoritate fundum ingrediens vitiosè poſſidet, niſi venditor poſſeſſione prius ſe abdicaverit.*
3. *Conſors partem ſuam altero irrequiſito etiam pro indiviſo alienare poteſt.*
4. *In contractu conſenſuali altero invito & ignorante per pœnitentiam reſilire haud licet.*
5. *Quando fides de pretio habita, res tradita non repetitur, licet terminus ſolvendi fuerit præterlapſus, & quænam actio tali caſu competat?*
6. *Nobilium geſta & promiſſa religioſe obſervari debent.*
7. *Præprimis cùm fuerint facta* bey Adelichen Ehren und Glauben / *idq; ampliatur.*
8. *Fratrem à fratre mandatum habere Jura præſumunt, etiam in contractibus. Limitatur* n. 66.
9. *Ratihabitio retrotrahitur & mandato æquiparatur etiam in his, quæ ſpeciale Mandatum requirunt, cumprimis quando facta ob ſpem lucri accipiendi.*
10. *Coloni an & quando pro Domino teſtificari poſſint? & quando unius teſtimonium valent?*
11. *Juramentum purgationis quamvis reo ſuſpicione onerato ad probandam etiam Negativam deferatur, præſtitum tamen juranti haudquaquam prodeſt,*

quando contra illum præsumptio quædam & cumprimis juris militat, & juramentum à verisimili abhorret.

12. *Renunciatio juris alteri jam quæsiti non attenditur, præsertim quando renuncians de jure jam tum alteri cesso venditorem reddidit certiorem, absolutâ cessione cedentis jus expirat.*

13. *Illi, quibus prius res vendita & tradita præferuntur, his cum quibus nuda venditio celebrata*

14. *Qui pignoris causa fundum Creditori tradit, uti & qui solam proprietatem habet, veluti debitor possidere intelligitur, non verò Creditor etiamsi possessionem naturalem habeat.*

15. *Quamvis in Emptores secundos licet fraudis participes empti prædii Dominium transierit, actione tamen in factum revocatoriâ alienatio revocari potest.*

16. *Res litigiosa nullâ ratione alienari potest, & quando alienatio hujusmodi sit ipso jure nulla?*

17. *Socius sive consors extraneo Emptori præfertur, & partem rei communis ei venditam retrahere potest, sive societas sit conventa sive fortuita.*

18. *Prædia adjacentia, aditum præstare debent iis, qui prædium suum adire non possunt, & publicè interest prædia potius integra manere, quam in partes distrahi.*

19. *Retractus ex capite vicinitatis, Germ.* die Marcklosung/ *quando in loco rei sitæ est receptus nulla probatione indiget.*

20. *Et pro favorabili reputatur. Limitatur* n. 61. & 63.

21. *Omnes Contractus voluntate, potestate & legitimo modo canonizari debent.*

22. *Voluntas in contractibus utramque facit paginam & ex instrumentis etiamsi privatis evidens redditur, quando ipsum Originale in Judicio productum & à parte adversa recognitum fuit. Idq́; obtinet in instrumento tum proprio tum alieno.*

23. *Licet Dominus proprietatem fundi, in quo alteri competit usufructus liberè alienare possit, fallit tamen hoc in persona Patris usufructuarii.*

24. *In causis universitatem concernentibus omnia ejus membra convocari, & eorum approbatio accedere debet. Ampliatur* n. 43.

25. *Quan-*

25. *Quando Membra Universitatis testes idonei reputentur?*
26. *Instrumentum qualem præsumtionem pro se habeat?*
27. *Venditioni tacitè inest conditio, ut pretium solvatur.*
28. *Traditio justo titulo præcedente & pretio soluto facta operatur dominii translationem & pertinet ad substantialia consecutiva. Quando Creditor Hypothecarius antichreticus pignus Emptori restituens jus possessionis in hunc transferat?*
29. *Contractus celebrari non possunt nisi à personâ eo tempore habili.*
30. *Quilibet suo potius quam alieno nomine contraxisse præsumitur. Quænam ad alienationem rei alienæ requirantur?*
31. *Contradictio consensum exterminat & contractum removet.*
32. *Præstito juramento litis decisorio secundum eum, qui juravit, judicatur maximè, si ex post facto nova quædam instrumenta in contrarium haud fuerint producta & jurans morte postea subsecutâ id quod juramento obtinuit, corroboravit.*
33. *Quamvis Emptor primus à contractu emptionis resiliens ad præstationem ejus, quod interest, conveniri possit, nec non interdum ex delicto teneatur, contractus tamen posterior propterea non invalidatur.*
34. *Termini solutionis adjectio certissimum fidei habitæ argumentum censetur.*
35. *Quando fides per Vendentem haberi non potuit, an dominium transferatur?*
36. *Testes variantes & sibi contrarii nullam fidem merentur, nec illorum rationibus incongruis creditur. Jung.* n. 45.
37. *Rei venditæ dominium in Emptorem haud transit, nisi pretium numeratum, vel aliter Venditori fuerit satisfactum.*
38. *Quod in actis non continetur pro non facto reputatur, & negativa præsumptio fortior quàm affirmativa.*
39. *Tametsi cancellatio Instrumenti contractum non tollat, aliud tamen obtinet, si is, qui instrumento obligatur, contrarium contestatur.*
40. *Consensum exprimere dicitur, qui utitur verbis mentem apertè demonstrantibus, & oblatum recusare intelligitur, qui factâ sibi denunciatione contractum cum alio consummatum iri acquiescit.*
41. *Approbationis signum est, quan-*

do quis pretio inhæret, nullaque ratione illud augere concupiscit.

42. *Cessio in irritum recidit, quando cedens nullum jus habuit, vel ejus invaliditas doceri potest.*

43. *Ut cessio subsistat pretium reapse numeratum esse necesse est, nec ex cessione prius agi potest, quam si summa conventa ex assi fuerit soluta.*

44. *Quæ ab Universitatibus geruntur in omnium notitiam venire debent; nec alienatio nisi prævio singulorum consensu subsistit.*

45. *Testes negotium à tota Universitate gestum esse asserentes, sed de circumstantiis diversis deponentes fidem nullam faciunt.*

46. *Quando Testes plures super actu perfecto deponunt, diversorum autem locorum mentionem faciunt, nascitur singularitas obstativa.*

47. *Unus testis non probat, cumprimis in concursu plurium eidem contradicentium, quorum qualitas est æqualis.*

48. *Solutio ceu in facto consistens probatione indiget, cumprimis ubi nullus contractus præcessit.*

49. *Quænam ad depositionem pretii requirantur?*

50. *Inepta est depositio, quæ non fit tempore opportuno.*

51. *Traditio non præsumitur, sed probari debet. Pro Judice jura semper præsumunt.*

52. *Traditio Instrumenti, quando ad possessionis translationem effectum producat.*

53. *Frustra de Traditione sive verâ sive symbolicâ quæritur, ubi libera rei venditæ administratio & causa ad dominium transferendum habilis deficit.*

54. *Creditores Antichretici verè & naturaliter possident; Si res, quæ tempore venditionis non erat vacua, alicui vendatur, deinceps autem alteri vendatur, & in instanti vacua effecta huic tradatur, quisnam in detinendo dominio sit potior?*

55. *Rescripto* L. 15. C. de R. V. *locus non est, quando venditio prior non fuit valida.*

56. *An licet Venditor in dolo sit & Emptor rem jam tum alteri fuisse venditam sciverit, venditio pro valida habeatur?*

57. *Testes super credulitate deponentes haud probant, etiamsi pro certo se credere asseverent, nisi in*

si in

si in iis, quæ difficilis sunt probationis.

58. *Illi demum in dolo esse dicuntur, qui scientiam validæ emptionis habuerunt.*

59. *Decipi non reputantur, qui ex sua culpâ damnum sentiunt, & oblatâ occasione proficuâ non utuntur.*

60. *Differentia possessionis naturalis & Civilis explanatur.*

61. *Cuinam Interdicta recuperandæ possessionis dentur.*

62. *Retractus ex capite communionis cur in præsenti casu locum non habeat?*

63. *Nisi integrum pretium intra anni spatium fuerit oblatum Retractus locum non habet; idq́ multo magis obtinet in Vicino.*

64. *Retractus Convicaneis competens præsupponit certam finium determinationem, in Hassia tamen haud receptus, & aliàs in Jure intra annum intentari debet.*

65. *Quatenus pars pro diviso vendi possit?*

66. *Quando primus contractus est invalidus, & res postea alii fuit vendita & tradita, primo Emptori venditorem ad implementum contractus adstringere non licet.*

67. *Fratri haudquaquam permittitur fratris partem prædii, quam pro indiviso possident, alienare.*

68. *Præstito juramento necessario non nisi instrumenta noviter reperta admittuntur.*

SPECIES FACTI.

ALs der Durchlauchtigste Fürst und Herr/ Herr E. L./ L. zu H. Unser gnädigster Fürst und Herr/ an Uns zu Dero Hoch-Fürstl. Sambt Hoff-Gericht allhier/ verordnete Hoff-Richter/ Räthe und Assessores, die zwischen Andreas Spanheimer und Consorten zu H./ nachgehends aber der gantzen Gemeinde daselbsten an einem/ und dann Juncker Balthasar und Philipps/ Gottfried Balthasarn/ Gebrüdern von W. genannt S. zu B. vorders auch der Gemeinde zu A. im H. am andren Theil verhandelte Acta gnädigst transmittiret/ und dabey anbefohlen/ dieselbe wohl zu durchgehen/ zu erwegen/ auch befundenen Dingen nach

nach / die Partheyen zu fernerer Handlung / biß zur beyderseitigen Submission anzuweisen / hernachmals ein Responsum Juris cum Rationibus dubitandi & decidendi, annexâque Sententiâ aufzusetzen / und nebst denen Actis zu remittiren / so haben wir sothanen Hoch-Fürstl. gnädigsten Rescript zu unterthänigster Folge beyde Partheyen behöriger massen vor uns citiret / zur Vorstellung beyderseitigen Nothdurfft angewiesen / und da endlich dieselbe / die ihnen durch Bescheid auferlegte Redintegrationem Actorum weniger nicht zu Werck gerichtet / als auch darauf in hâc causa concludiret / das gantze Convolut Actorum obhabenden Pflichten gemäß / auf das fleißigste verlesen / die Sache / ihrer Wichtigkeit nach / genau untersuchet / und darauf hernach stehendes cum Rationibus dubitandi & decidendi, nec non Sententiâ definitivâ begleitetes / obwohl ohnmaßgebliches Responsum errichtet / auch darauf höchstgedacht Ihrer Hoch-Fürstl. Durchlauchtigkeit / dasselbe in tiefffster Devotion und gehorsamsten Respect zuzuschicken / nicht weniger Unsere unterthänigste Schuldigkeit zu seyn erachtet.

RATIONES DUBITANDI.

I. SO viel dann die Sache selbst betrifft / so will sich anfangs ansehen lassen / als wann es bey dem von Andreas Spanheimer und Consorten, mit dem älteren Bruder von S. dem Angeben nach getroffenen / nachmahls aber auf die gantze Gemeinde zu H. durch eine gleichfalls angegebene Cessionem, erwachsenen Vorkauff zu lassen / hingegen aber der von der Gemeinde zu A. im H. erschlichenen Nach-Kauff keinesweges zu salviren / sondern vielmehr als denen Rechten zuwider errichtet / allerdings zu vernichten und aufzuheben seye: Anerwogen 1.) testis secundus, Johann Richard S. Hoffmann zu L. *ad artic. probat. 3. sub n. 6. Actorum* ausgesagt / es habe Juncker Balthasar von S. dem Spanheimer und Consorten, den Kauff nicht allein angebotten / sondern auch mit ihme gehandelt / und da sonderlich der Notarius F. zu G. wie sothane Handlung zu einen beyderseits bewilligten / und auf 335. Reichsthaler für den Schlaunischen Sand Q. geschlos-

geschlossenen Kauff angediehen / auch ein Kauff-Brieff darüber so bald verfertiget / und denen Käuffern würcklich eingehändiget worden seye mit allen Umständen *ad artic. probat. 2. usq; ad 10. sub eod. num. Act.* verkundschafftet / so wird so theurer Verkauff zumal in keinen Zweiffel gezogen werden können ; quamvis enim tractatum diversum quid à contractu constituat,

cap. 8. ibi : totius Cleri tractatu atq; consensu. X. de his quæ fiunt à Prælat. &c.

& ex sola venditionis oblatione nullus obligationis nexus oriatur,

L. 35. §. 1. de contrah. empt.

eâque de causa testis de tractatu deponens, actus consummationem probare haud dicatur,

Decian. *Consil. 488. n. 9.*

aliter tamen sese res habet, quando altera pars negotium oblatum acceptavit,

arg. *L. 2. princ. de O. & A.*

& tractatus in perfectum & omnibus numeris absolutum contractum degeneravit,

Gail. *Lib. 1. Observ. 140. n. 12.*

quod eo ipso factum esse luculenter apparet, quo non saltem partes emptionis substantiales, consensus merx ac pretium determinantur,

Princ. Inst. de empt. vendit.
L. 2. §. 1. l. 8. princ. l. 9. princ. eod.

verum etiam consummatio sive complementum, interveniente traditione, accessit,

§. 40. Inst. de A. R. D.
L. 20. C. de Pact.

tametsi hæc non ipsius rei, sed solius instrumenti interventu in actum deducta fuerit, cum ficta traditio æquipolleat veræ.

L. 1. C. de donat.

Menoch. *Cons. 103. n. 35.*
Covarruv. *Lib. 1. resolut. cap. 16. n. 12.*

2. Um so mehr / da auch 2.) hierauf die Käuffer des Sands sich so bald an- und selbigen in Besitz genommen / und gebrauchet / wie nicht nur ermeldter Johann Richard / sondern auch testis quartus Heinrich Volck von A. und testis quintus Jonas Burgermeister daselbsten *ad artic. prob. 11. sub eod. num. Act.* klar beurkunden / licet enim emptores vitiosè possideant, qui propriâ authoritate fundum sunt ingressi,

L. 5. l. 33. de acqu. vel amitt. possess.

quo etiam inclinare videtur,

R. I. *de An. 1600. §. 31. ibi:* oder sich seines Gefallens daraus bezahlt machen möge *&c.*

non tamen idem dicendum, quando venditor se possessione prius abdicat, eaque hâc ratione vacua reperitur, per ea, quæ tradunt

Zasius *ad dict. L. 5. n. 9. & seqq.*
Mevius *part. 5. decis. 351. n. 4.*

3. Daß auch 3.) ermeldten ältern Brudern wenigstens seine Helfft des Sandes zu verkauffen / frey gestanden / und dergestalt voluntas plenissimè in actum deducta cum potestate vendendi begleitet gewesen / ist zumahl ausser allem Zweiffel / cùm explorati juris sit, consortem altero irrequisito partem suam etiam pro indiviso alienare posse,

L. 1. C. commun. divid.

cumprimis quando partes utriusque sunt æquales, & alter majorem in re partem non habet,

arg. *L. 34. §. 2. C. de donat.*
Carpz. *part. 3. const. 15. def. 34.*

nemo siquidem invitus in communione manere cogitur,

L. 26. §. 4. de condict. indeb.

adeò

adeò ut ne pacto quidem id effici posse pronunciet Paulus in

L. 14. §. 2. comm. divid.

Mithin sich 4.) von selbsten ergiebet / daß dem von S. von dem 4.
einmahl getroffenen / und zur völligen Perfection angediehenen Kauff wiederum abzuspringen / und dergestalt denen Kauffern das dardurch erlangte Recht zu entziehen zumahl nicht erlaubet gewesen / cùm à contractu consensuali altero invito & ignorante, per pœnitentiam resilire haudquaquam liceat,

L. 5. C. de O. & A.

L. 80. de solut.

ne quidem accedente Principis rescripto,

L. 3. C. de rescind. vendit.

præprimis quando traditio rei accessit, hæc enim ne voluntate quidem mutua tollitur, sed accedente demum retrotraditione.

L. 1. C. quand. liceat ab empt. disced.

Und dieses auch allerdings 5.) in dem Fall / da des Verkauffers 5.
Angeben nach / das erste Ziel zur bestimbten Zeit nicht abgetragen / auch die jenige sechs Achtel Gersten / so / vermög getroffenen Accords / in sothanes Ziel noch weiter gegeben werden sollen / keines Weges geliessert worden wären / wie doctus Testis secundus Johann Richard *ad artic. prob. 15.* davon Meldung gethan / quando enim venditio pure celebrata, sed terminus solutioni destinatus, hocque modo fides de pretio habita, tum contractus non irritatur, neque res tradita repetitur, licet terminus præstitutus fuerit præterlapsus, & debitor moram admiserit, quia sufficit, dominium semel reapse translatum fuisse, ceu existimat

Stryck, *de fid. habit. cap. 5. n. 45.*

Unde tali casu non dari actionem realem ad rem repetendam, sed personalem ad pretium solvendum, contrariis dilutis asserit

Idem *d. loc. n. 42.*

Et ſane contractum ex capite implementi, reſcindi non poſſe juris analogiæ eſt conveniens,

L. 14. C. de reſcind. vendit.

ac proinde ſufficit, eum qui contraxit, ſeſe poſtea ad implendum id, quod in conventionem eſt deductum, offerre, notanter probante

Vultejo *Conſ. Marp. 24. n. 66. vol. 2.*

6. An welchem allen 6.) deſtoweniger zu zweiffeln / da der Verkauffer Adelichen Standes / und deswegen von dem einmal richtig getroffenen und zu ſeiner Vollkommenheit gebrachten Contract ſich zumal nicht loswürcken können / cùm enim pro Nobilibus major quam plebejis ſtet virtutis, integritatis & conſtantiæ præſumptio.

Alciatus *de præſ. reg. 1. præſ. 48. princ.*

Vultej. *Conſ. Marp. 18. n. 170. Vol. 3.*

Sanè ipſorum negotia in concuſſo pede ſtare, & nullo ſub prætextu cum aliorum damno infringi debent, eò magis, quò etiam ipſorum nuda promiſſa pro debitis imo pro factis & completis habeantur.

Nolden. *de ſtat. Nobil. cap. 9. §. 2.*

7. In welcher Abſicht dann auch 7.) die Kauffers ſeinen ſo ſtarck gethanen Obteſtationen / und dabey verſprochener Eviction, er habe von ſeinem Bruder deſſen Antheil am Sand mit zu verkauffen vollkommene Macht gehabt / wollte auch davor ſtehen / feſtiglich zu trauen / hingegen alles Mißtrauens ſich zu entſchütten / die gröſte Urſach gehabt / qui enim Nobili credidit, protinus excuſatur

Tiraquell. *de Nobil. c. 20. n. 27.*

in tantum, ut Nobili verbo ſimplici aſſerenti, ſe mandatum habere, etiam à Principe, fides habeatur, etiam absque ullâ aliâ probatione,

Maſcard. *de probat. Concl. 1097. n. 19.*

præci-

præcipuè vero promissiones, quas faciunt bey Adelichen Ehren und Glauben / adeò efficaces sunt, ut in casibus quibus juramenta corporalia haud efflagitantur, quoad valorem promissionum juramentis æquiparentur.

Coler. *de Process. Execut. cap. 10. n. 246. & 251.*
Richter. *Consil. 56. n. 7. part. 1. vol. 1.*

Idque notoriâ Germaniæ consuetudine invaluisse, nec non in Camerâ Imperiali receptum esse, similiter comprobat

Richter. *Cons. 118. n. 5. & Cons. 293. n. 4. vol. 2.*

Mag auch die Abwesenheit des zweyten Bruders / und daß er dero Zeit nicht mit verkauffet / so wohl dieserwegen / als auch 8.) aus der Ursach nicht im Wege liege / weil aus findigen Rechtens / quod fratrem à fratre mandatum habere jura præsumant. 8.

L. 35. princ. de procur.

Et quamvis hoc quantum ad judicialem defensionem nullum habere dubium, dictum Responsum Ulpiani arguat, & Doctores subinde attingant.

Cardinal. Tusch. *lit. M. concl. 31. n. 24.*

In contractibus tamen aliud haud dicendum esse nonnullis placet, quando enim frater pro fratre rem in solidum concessit, tacitum ab eo mandatum habere intelligi cum Godazino ingeminat

Mantica *de tac. & amb. convent. lib. 7. tit. 5. n. 10.*

Wann auch gleich 9.) dieses nicht wäre / so wird doch ersagten zweyten Bruders Ratification des ältern Brudern getroffenen Verkauffs dahero sattsam erwiesen / daß der S. Hoffmann Johann Richard / nicht allein Nahmens des ältern / sondern auch zweyten Bruders mit denen Käuffern dahin accordirt / daß in das erste Ziel noch ferner sechs Achtel Gersten / wovon sub n. 5. Meldung geschehen / gelieffert / auch solche am Herbst-Ziel abgekürtzet werden sollten / und dergestalt amborum venditorum consensus cum consensu emptorum firmissimè conjungiret worden / wie aus ersagtem Richards *ad artic.* 9.

 probat.

probat. 15. gethanen Außsag offenbar erhellet / in confesso autem est, ratihabitionem retrotrahi & mandato æquiparari,

cap. 10. *de R. J. in 6to.*
cap. ult. in fin. de jurej. in 6to.
Curt. Jun. *Conf.* 63. *n.* 7.

etiam in his quæ speciale mandatum requirunt,

L. 26. *de minor.*
Surd. *Conf.* 60. *n.* 14.
Card. Tusch. *lit. R. conf.* 21. *n.* 5.

præcipuè quia hoc loco ratificatio facta ob spem lucri accipiendi, quam emptores transigendo approbasse modò dictum, qui autem ex actu quodam lucrum habet, ratificare actum dicitur.

Menoch. *Consil.* 78. *n.* 42. *vol.* 1.
Vultej. *Consil. Marp.* 22. *n.* 126. *vol.* 3.

10. Gantz ohne / daß 10.) dieses Hoffmanns Deposition von deswegen zweiffelhafftig gemacht werden wollte / quia Colonus ad testificandum non sit admittendus,

Farinac. *de Testib. quæst.* 55. *n.* 213.

tùm quod habeat affectionem erga dominum suum,

L. 3. *princ. ibi: an amicus ei sit de testib. cap.* 24. *X. eod.*

tùm quod insimul fuerit Proxeneta,

Novell. 90. *cap.* 8.

tùm denique quod unicus existat.

cap. 4. *X. de testibus.*
cap. 20. *in fin. X. eod.*

Immassen anjetzo nicht zu gedencken / quod Coloni nostri temporis testante consuetudine & tritura forensi in testimonium admittantur, ceu cum citatis probat

Mascard. *de probat. concl.* 320. *n.* 4.

So betrifft doch gegenwärtiger Streit nicht das dem Colono zur Leyh gege-

gegebene Gut / sondern vielmehr ein ander Stuck / wovon derselbe nicht den geringsten Genuß zu gewarten / tali autem casu, etiam pro domino, nedum ergò contra dominum, uti hâc ratione transactionis factum, testificari coloni possunt.

Farinac. *d. loc. n. 223.*
Mascard. *cit. loc. n. 6.*

Nicht weniger ist auch selbiger als Proxeneta zuläßig / quia hic perfecto contractu ad ejus qualitatem duntaxat probandam, puta ad augendum pretium, fuit adhibitus.

Farinac. *quæst. 60. n. 432.*

Ingleichen ist testis unius testimonium nicht zu verwerffen / quando de facto testis proprio, cujus ratione illius nihil intersit, agitur, aliave adminicula concurrunt, de quibus porrò dicetur.

Carpzov. *part. 1. c. 16. def. 39.*

Wiewohl nun 11.) eine schwehre Hinderung zu thun scheinet / daß der zweyte Bruder durch seinen Anwaldt einen würcklichen Eyd abschwören lassen / er habe so wenig seinem ältern Bruder Commission den Schlaunischen Sand zu verkauffen übertragen / als wenig er den von diesem mit Spanheimern und Consorten getroffenen Kauff ratificiret habe / wie die *sub n. 13. actorum* anliegende Eyds-Formul mit mehrerm darleget / so leuchten doch vorermeldte Umstände dergestalt ein / daß darauf dem Ansehen nach keine sonderbare Reflexion zu machen / quantumvis enim juramentum purgationis rectè defeatur reo ad probandam etiam negativam, quando suspicione est oneratus, 11.

cap. ult. in fin. ubi Interpp. X. de jurej.
Herculan. *de prob. negat. n. 233. vers. decimus nonus modus.*
Carocius *tract. de juram. lit. decis. quæst. 50.*

nil tamen juramentum præstitum prodest juranti, neque ei statur, quando contra jurantem præsumptio quædam, & cumprimis juris militat, eò quod hæc faciat, ut credatur, ipsum aliter in animo habuisse,

habuisse, ceu post Bartolum, Romanum, Decium & alios in terminis statuunt

Mascard. *de probat. concl. 414. n. 3. & concl. 496. n. 18.*
Cravett. *Consil. 587. n. 5. & Cons. 809. n. 11.*
Alexand. Tartanus *Cons. 118. n. 11. lib. 2.*

& quando juramentum à verisimili abhorret, impune sperni, & ab eo recedi potest.

vid. Gloss. *in cap. nulli. vers. verisimiliter. de Elect. in 6to.*
Socin. *Consil. 194. col. 1. vers. 3. lib. 2.*

Quibus tanti majus addit pondus cum non tantùm præsumptiones huic juramento adversentur, verum etiam per dictum testem venditoris colonum, tanquam de facto proprio deponentem ratificatio contractus ab altero fratre facta, luculenter probetur. Quoties autem cum dicto unius testis omni exceptione majoris vehementes concurrunt præsumptiones, toties nervus probandi absolutus censetur,

Card. Tusch. *lit. T. concl. 281. n. 42. & 63.*

cumprimis cum juris præsumptio, qualis ea videtur, quæ in n. 8. adducta, tantæ sit efficaciæ, ut qui eam sequitur illæsam censeatur habere conscientiam.

Alciatus *in cap. 28. X. de jurej. n. 58.*

12. Diesem solcher Gestalt stabilirten Kauff stehet 12.) nicht entgegen/ daß Spanheimer und Consorten von selbigem nach der Hand wieder abgesprungen/ massen/ da solches geschehen/ sie allbereit vorhero/ und
A. ehe die in den Kauff getretten/ ihr Kauff-Recht denen H. abgetretten gehabt/ und dahero durch ihre personal Renunciation denenselben keines Weges præjudiciren können. Und giebt hiervon special Nachricht/ testis quartus Andreas Heinrich von H. indem er ad prælim. interr. 4. apud articulos reprobatorios sub n. 7. actorum ausgesagt: Er Spanheimer wollte zwar vor sich des Kauffs sich begeben/ es würden aber die H. an seine Stelle tretten. Dergleichen sagen auch aus Ludwig

Ludwig Schliegen Becker / Wilhelm Rinn / Johann Adam Gorr / Jacob am Ende / und Johann Georg Gobel / alle von H. wie auch Conrad Peter von L. ad interr. prælim. 17. apud articulos additionales, der Gemeinde H. sub n. 37. actorum, daß nemlich diese Gemeinde / in dem zwischen dem Spanheimer / dem Stein-Müller / und Johann Jacob Weigel an einem / und dem Juncker S. am andern Theil getroffenen Kauff getretten wären / non attenditur autem renunciatio juris alteri jam tum quæsiti, utpote quod huic nullâ ratione aufferri potuit,

arg. *l. 6. princ. quæ in fraud. credit.*
Klock. *Consil. 20. n. 5. tom. 4.*

tantò magis, quo renuncians de jure jam tum alteri cesso venditorem reddidit certiorem, cùm hoc nullâ aliâ de causâ factum fuerit, quàm ut hic poneretur in malâ fide, & ne alteri venderet, ad quod nuda illa certificatio sive scientia sufficit, per ea quæ tradit

Cardinal. Tusch. *lit. C. concl. 199. n. 11. in fin.*

quamvis ergo Cessionarius utatur jure cedentis,

L. 5. C. de hered. vel act. vend.

absolutâ tamen cessione, & re non amplius integrâ cedentis jus expiravit, cumprimis quando cessio facta ad commodum cessionarii, & venditor ejus scientiam obtinuit, quô faciunt ea, quæ consignavit eruditè

Alphons. de Olea *Tract. de Cess. jur. & act. tit. 8. quæst. 2. n. 34. vers. secundus casus est.*

So fest dann 13.) der von denen ersten offt-ermeldten Käuffern / 13.
getroffene und vollzogene / auch forters auf deren Cessionarios die gantze Gemeinde zu H. transferirte Verkauff stehet / besonders da hiervon sonderlich Studiosus S. ad interr. prælim. 2. ante artic. reprob. sub n. 8. actorum, ingleichen Studiosus D. ad idem interrog. ausdrückliche Meldung thun / so wenig mag auch der Gemeinde zu A. dadurch einiger Vortheil zuwachsen / daß sie mit beyden Gebrüdern von S.

sich in einen Nach-Kauff eingelassen / und so wohl von selbigen einen Kauff-Brief / als auch dieses erhalten / daß die Möllerische Erben gegen baarem Empfang des darauf gehabten Capitals der 160. Reichs-Thaler ihnen den Sand Q. völlig abgetretten / wie ermeldte zwey Studiosi ad artic. reprob. 17. sub eod. num. deponiret. Cùm illi, quibus prius res vendita & tradita, præferuntur his, cum quibus nuda venditio celebrata,

L. 15. C. de R. vind.

Gabriel. *conclus. tit. de empt. vend. concl. 2. pr.*

tametsi non res ipsa, sed instrumenta loco rei fuerint tradita,

L. 1. C. de donat.

Anton. Faber. *Lib. 2. tit. 3. def. 6. n. 6.*

Struv. *Syntagm. J. Civ. Exerc. 11. th. 8.*

non obstante traditione à dictis creditoribus antichreticis factâ, quippe quæ hoc ipso fuit inanis, quo jamdudum primis Emptoribus fundus controversus fuit traditus, ipsique etiamnum sunt in ejus possessione & perceptione, neque enim id, quod ab uno possidetur, ab altero amplius possideri potuit,

L. 3. §. 5. de acquir. vel amitt. possess.

accedit, quod sicut primi emptores verum titulum ab ipsis habent dominis, ita quoque possessionem ab ipsis impetrasse præsumantur, cum possessio præsumatur ex titulo præambulo.

arg. *L. 76. de rei vindic.*

Cœpoll. *Consil. 4. n. 39. lib. 1.*

Natta *Consil. 443. n. 5. tom. 2.*

& initium possessionis à primâ causâ inspici debeat.

L. 6. princ. de acquirend. vel amitt. possess.

Zasius *cons. 14. n. 48. lib. 1.*

14. Nebst dem sind 14.) sothane Creditores schlechter Dings in naturali possessione des Sands gewesen / civilis possessio aber penes ipsos dominos geblieben / welche sie dannenhero denen ersten Käuf-

fern

fern wohl behändigen können / qui enim pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere, ait Julianus in

L. 36. de acqu. vel amitt. possess.

& qui solam proprietatem habet, veluti debitor, possessor est intelligendus,

L. 15. §. 1. qui satisd. cog.

ècontra verò Creditor possessor non est, tametsi possessionem scil. naturalem habeat, aut sibi traditam, aut precariò debitori concessam.

d. l. 15. §. 2.

Unde licet tertius rem naturaliter possideat,

L. 12. de acqu. vel amitt. possess.

res tamen ipsa manet proprietarii,

L. 25. princ. de V.S.

& ipse ejusdem Dominus, ac civilis possessor existimatur.

arg. *L. 1. §. 1. ad SCt. Silan.*

Es wird auch 15.) berührter H. Verkauff hierdurch kräfftiger unter- 15.
stützet / der A. Nach-Kauff aber hintertrieben / indeme diese von jenem genugsame Wissenschafft erlangt / und dadurch sich mit einem aperto dolo bestrickt / allermassen de tali scientia Jonas Burgermeister von A. ad artic. probat. 17. sub num. 6. actorum. Johann Conrad Müller auf der Herren-Mühl bey S. ad interr. prælim. 4. ante addit. artic. sub n. 9. actorum. Ingleichen viele von denen aus der Gemeinde zu H. abgehörte Zeugen und zwar ad artic. probat. 9. ad artic. addit. 17. (so beyde sub n. 18. actorum anliegen) ausgesagt / wie die über solche articulos sprechende attestata sub n. 37. actorum mit mehrerem darlegen. Tametsi enim in emptores secundos empti prædii dominium transierit, licet fraudis fuerint participes,

L. 26. in fin. de contrah. empt.

actione tamen in factum revocatoria alienationem prædii revocari

cari posse concludunt Interpretes, & quidem per

L. 1. & 10. de his quæ in fraud. credit.

Et hanc opinionem, Baldum, Jasonem & alios secutus, amplectitur quoque

Gail. *lib. 2. Obs. 55. n. 11.*

eamque communem esse, multis citatis probat

Covarruv. *lib. 2. Resolut. 19. n. 5.*
Vultej. *Cons. Marp. 24. n. 68. vol. 2.*

nec non in Camera Imperiali observari, testatur cum Meisnero

Klock. *Cons. 21. n. 53. vol. 2.*

16. Wann es auch 16.) das Ansehen gewinnen will / als wann die A. zu der Zeit / da schon die erste Käuffere gegen die von S. Klagen erhoben / sich mit diesem in einen Kauff eingelassen hätten / so wird um so weniger dieser bestehen / und jenem zum Nachtheil gereichen können / tralatitium siquidem est, rem litigiosam nulla ratione alienari posse,

L. 2. C. de litig.

cum vitium litigiosi rem faciat inalienabilem,

Carpzov. *Proceß. tit. 22. artic. 2. n. 72.*

adeo ut quia actores non personalem, sed realem actionem super ipso Dominio intentarunt, eò quod res vendita ipsis simul fuerit tradita, sola citatio hoc in casu sufficiat.

auth. *litigiosa. C. dict. tit.*

Et quamvis sententiam eamque duplicem hîc latam esse, acta comprobent, tamen quia remedia suspensiva etiamnum durare videntur, alienatio habetur, ac si ante sententiam facta fuisset, & propterea haudquaquam subsistere potest.

arg. *L. 32. C. de Transact.*
Thomæ *tr. de Litigios. cap. 9. n. 27. & 28.*

Licet etiam alienatio rei litigiosæ juxta mores hodiernos valeat, si fiat salvo jure tertii,

Gudelin.

Gudelin. *de Jure Noviss. lib. 3. cap. ult. in fin.*
Christinæ. *decis. Belgic. 175. n. 10. vol. 4.*

hic tamen versamur in terminis, ubi alienatio est ipso jure nulla, eò quòd posteriores emptores in dolo fuerint, & scientiam emptionis à primis emptoribus celebratæ habuerint,

L. 26. de rei vind.

eamque ob causam etiam actionem doli contra illos dari asseverat

Brunnemann. *ad L. 9. de publ. in rem act. n. 8.*

Facit, quod si sententia postmodum contra alienantem feratur, ea contra possessorem sine novo processu executioni mandari possit, & quidem contra communem juris regulam propositam in

L. 4. l. 12. & seqq. de except. rei jud.

quia parum conveniret, si propter dolum iniquitatis alienæ actor diversis judiciis fatigari deberet,

Frantzk. *lib. 1. resol. 11. n. 95.*
Carpzov. *lib. 1. resp. 27. n. 10.*

& quia succedens in re litigiosa sustinet omnimodò personam ejus, cujus loco successit, resque tali vitio affecta cum suo onere, causâ, vitiis & qualitatibus transit, ceu latè & eleganter deducit

Vultej. *Cons. Marp. 22. n. 110. & seqq. vol. 3.*

Diesen so starck bewährten Gründen thut noch 17.) einen grossen 17.
Beyschlag / daß wann gleich die A. eines mit denen von S. getroffenen rechtmäßigen Kauffs sich zu rühmen hätten / dannoch dieselbe davon wiederum abzustehen gehalten wären / weil die H. des ältern Bruders von S. Antheil einmal unstreitig an sich erkauffet / und dahero die andere Helfft in jener Händen zu lassen keines Weges geheissen werden können / cum certo jure proditum sit, socium sive consortem extraneo emptori præferri, & partem rei communis ei venditam retrahere posse,

5. Feud. 13. 14. & 15.

non attento, sive illa societas sit conventa sive fortuita,

L. 2. commun. divid.

d. 5. Feudor. 15. ibi: deinde qui rem communem habeant citra societatem.

cùm in utraque major sit favor socii, quam extranei, & illius intersit, incommodis ex communione provenientibus haudquaquam subjici.

L. 2. ibi: naturale quippe vitium est &c. C. quand. & quibus quart. pars &c.

18. Nicht minder thut 18.) denen H. einen bemerckſamen Vorſchub / daß falls der Sand in Händen der A. verbleiben ſollte / ihnen alsdenn aller Zutritt zu ihren Güttern verſperret würde / indem ſie anderer Geſtalt / als durch Betrettung dieſes Sandes / ſo rings um in ihren Güttern lieget / und darmit umzingelt iſt / darzu nicht gelangen können / wie ſelbige ſich dißfalls ad evidentiam rei beziehen. Nun iſt zwar in denen gemeinen Rechten circa impoſſibilitatem adeundi weiter nichts verſehen / quàm ut prædia adjacentia, & cumprimis proximè confinia, aditum præstare debeant illis, qui prædium suum adire non possunt.

L. ult. princ. de S.P.V. ubi Brunnemann.

L. 44. §. ult. de Legat. 1.

Alldieweil aber nebſt ſothaner Impoſſibilität der Sand in re individua beſtehet / und der jenige Theil / welchen ſie allbereit erkauffet / ihnen wenig Nutzen bringen würde / dafern ſie nicht auch des andern Theils fähig werden ſollten / ſo muß ſelbiger beyeinander gelaſſen / und ſolcher Geſtalt denen H. zugeleget werden / contra naturam siquidem individuorum est, separare ea, quæ tantam utilitatem afferre non possunt conjuncta,

arg. *L. 13. de in diem addict.*

concurrente enim causâ, quæ prodest, cum illa quæ nocet, illa quæ prodest, attenditur, quando ea, quæ prodest, est potior, &

& gesto negotio convenientior,

L. 3. §. 1. de Jure Fisci.

& publicè interest, prædia potius integra & solida manere, quàm in partes distrahi.

Fritsch. *de Jur. Congrui. cap. 4. n. 6.*

Idque tantò magis hoc loco obtinere debet, quia intentio fuit primorum emptorum, eorumque cessionariorum, ut totius fundi compotes redderentur, aliàs dubio procul ad ejusmodi emptionem & cessionem nunquam accessuri.

arg. *L. 34. §. 1. de ædil. edict.*

Hierzu kommt auch 19.) daß die H. angeben / es seyen ihre Güt- 19.
ter nächst an dem Sand gelegen / die A. aber durch einen gemeinen Weg davon allerdings abgeschieden / solchem zu Folge ihnen auch retractus ex capite vicinitatis zugestanden werden müste / & quidem juxta dictam Friderici constitutionem,

5. Feudor. 15. ibi: postremò vicini & confines.

quæ cùm in eâ regione, ubi prædium controversum situm, observantiâ & consuetudine sit recepta, nulla utique probatione indiget.

arg. *L. 4. de custod. reor.*

Da auch 20.) und letztens die Gemeinde H. darauf bestehet / es 20.
seye bey einen / von denen Hochfürstl. Regierungs-Räthen zu G. in Beysenn der Partheyen vor einigen Jahren eingenommenen Augenschein befunden worden / daß der Sand Q. in ihrem Bann oder Feldmarck gelegen seye / wie deren Anwaldt in einer sub n. 45. actorum anliegenden Schrifft vorgegeben / so wird auch ihnen Retractus ex capite confinii, germanicè, die Marcklosung / nicht versaget werden können / per

L. unic. C. non liber. habit. Metrocom.

Rauchbar. *part. 1. quæst. 43. n. 33.*

Berlich. *part. 2. concl. 39. n. 6.*

Es

Et quidem propter innumera mala, quæ alioquin ex alienatione prædiorum ad forenses factâ, enasci solent, utilitatis verò tùm privatæ, tùm cumprimis publicæ conservandæ studio sollicitè præcaveri debent, ceu de his nominatim disserit

Fritsch. *Tract. de Jur. Congrui. cap. 10. n. 9. & 10.*

Unde statuta, quibus alienatio in extraneum prohibetur favore digna esse cum Klockio notat

Brunnemann. *ad d. L. unic. in fin.*

RATIONES DECIDENDI.

21. WAnn aber bey tieferem der Sachen Einsehen und besonderer Erwegung der bey denen Actis befindlichen Zeugen-Sagen sich hervor thut / daß bey deme zwischen beyden Gebrüdern von S. und der Gemeinde zu A. errichteten Kauff-Contract alle darzu erforderte wesentliche Stücke genau in acht genommen / und derselbe dardurch auf einen gantz unbeweglichen Grund gesetzet worden / omnes siquidem contractus omniave negotia voluntate, potestate & legitimo modo canonizari, & in validitatem irretractabilem coalescere debent, ceu post Baldum, Bursatum, Lancellotum & alios tradit

Klockius *Consil. 103. n. 59. tom. 3.*

Hingegen aber mit einer solchen Regularität das jenige / was der älter Bruder von S. allein mit dem Spanheimer und Consorten gehandelt und geschlossen / diese auch fernerweit mit der Gemeinde zu H. vorgenommen haben sollen / zumal nicht begleitet ist / als werden vorstehende scheinbare Zweiffel-Gründe nicht die geringste Hinderung verrauschen können.

22. Und zwar / so ergiebt sich erstlich ob deme an Seiten der A. bey hiesigen Hochfürstl. Sambt Hoff-Gericht / den 18. Januarii dieses Jahrs producirten sub n. 14. actorum anliegenden / von Anwaldt der H. den 15ten Martii ejusdem anni judicialiter recognoscirten / und mit dem Originali facta collatione gleich lautend befundenen Kauff-

Kauff-Brieff / wie daß Balthasar und Gottfried beyde Gebrüdere von W. genannt S. zu B. recht / redlich / erblich / ewig / auch wohl bedächtlich / und in beständiger Form Rechtens / der Gemeinde zu A. im H. ihren also genannten dicken Schlaunischen Sand / an ohngefähr 8. oder 9. Morgen / mit allem Zugehör / uralten Recht und Gerechtigkeit / sambt und sonders / um und vor siebenhundert Gulden / jeden zu 27. Alb. gegen baare Erlegung und Bezahlung / unter einem ewigen Erb-Verzinß / mit Begebung alles ferneren Anspruchs / verkauffet / und solchen hinführo als ihr eigenthumlich Gut völlig zu gebrauchen und zu geniesen eingethan haben / mithin apertissima voluntatis vestigia sich dergestalt hervor thun. Sicut autem voluntas in contractibus utramque facit paginam,

L. 34. de R. J.

eô quod conventio partium perpetuam hisce legem ponat,

L. 10. C. de Pact.

L. 1. §. 6. depos.

ita etiam ex Instrumentis tametsi privatis liquida & evidens redditur, quando ipsum Originale, ut debet, in judicio productum,

L. 2. de fid. instrum. ubi Brunnemann.

& à parte adversâ recognitum fuit, quia recognitio habet vim confessionis, eique omninò stari debet: Non attento, quod hoc duntaxat locum inveniat in recognitione instrumenti proprii, ceu apparet ex

L. 25. §. ult. de probat.

hic vero sermo fit de alieno, quod etiam juxta praxin forensem recognosci possit.

Berlich. *part. 1. concl. 44. n. 33.*

Nam si bonâ fide hujus facta fuerit recognitio, nec non salvâ veritatis substantiâ, uti hujus recognitionis formalia esse vulgo notum, & commemorat

Berlich. *d. loc.*

Tum si nihil amplius contra tale Instrumentum opponatur, sed in causa plenè concludatur, utique tali recognitioni stari, & sententia condemnatoria desuper fieri solet.

arg. *L. 4. C. de Edend.*

23. Bevorab da auch die H. niemals den von denen A. mit denen von S. getroffenen Kauff requiriret / sondern nur vorschützen wollen / als wann sie vorhero gekaufft hätten / worauf aber nachgehends geantwortet werden soll: Nebst dem auch die Müllerische Erben / denen der Sand antichreticè eingethan gewesen / bey Vollziehung der A. Kauff-Contracts gewesen / und an dem Kauff-Geld ihr Capital der 160. Reichsthaler wiederum empfangen / wie n. 4. davon Anzeige geschehen wird. Nicht weniger ergiebt sich Zweytens aus dem den 23.ten Junii im Jahr 1687. von der Verkäuffer Vatter Ludwig Balthasar von W. genannt S. geschriebenen / und mit seinem Adelichen Pittschafft corroborirten Schein / sub n. 17. Actorum, daß weil dieser Sand von der Verkäuffer Mutter herrühret / und von deren Gros-Mutter / einer gebohrnen S. von L. auf diese Adeliche Familien kommen / der Vatter solchen mit der A. Gemeinde von seinen Söhnen getroffenen Kauff durch seine Authorität approbiret / und dergestalt seines davon gehabten Nutzens sich begeben / welcher Gestalt character potestatis nicht weniger zu bemercken stehet: dann obwohl sonsten ausfündigen Rechtens / quod dominus proprietatem fundi liberè alienare possit, tametsi alteri in eo competat usufructus.

L. 17. §. 2. de Usufr.

L. 2. C. eod.

cùm rerum suarum libera cuique debeat esse alienatio,

L. 14. C. de contrah. empt.

L. 21. Cod. mandat.

& sufficiat, si dominus, qui vendit, propter usumfructum alteri competentem de evictione teneatur,

L. 46. princ. de Evict.

add.

add. Brunnemann. ad *L. 2. C. de Usufr.*
Marta *lib. 3. digest. tit. alienatio. decis. 136. princ.*

So hat doch dieses einen bemerckſamen Abfall in persona patris usufructuarii, liberi siquidem in ejus potestate existentes citra ipsius consensum & ratificationem res usufructui ipsius subjectas alienare non possunt, ceu additâ ratione rescripsit Imperator Justinianus

in *L. ult. §. 5. C. de bon. quæ liber.*

Atque ita in terminis quoque consuluit

Curtius Junior *Consil. 152. n. 5.*

Anlangend ferner und zum dritten modum legitimum, so leget 24.
selbiger so wohl an Seiten der A. Gemeinde / als auch der Verkäuffer sattsam am Tag. Und zwar so viel jene betrifft / dadurch / daß die gantze Gemeinde durch das Geläut zusammen beruffen / und nach gepflogener Unterredung / des Kauffs miteinander zufrieden gewesen / wie Testis quintus Jonas Burgermeister zu A. ad artic. prob. 21. & Testis quartus Heinrich Volck allda ad artic. probat. 18. & 21. verkundschafftet. Sicut enim in causis universitatem concernentibus, omnia ejus membra convocari debent,

L. 2. C. de decurion.

ita etiam approbatione omnium ac singulorum concurrente, uti 25.
hîc factum, legitimè & efficaciter factum dicitur, quod ab Universitate gestum est.

cap. 29. de R. J. in 6to.
L. ult. in fin. C. de auth. præst.

Und hindert nicht / daß beyde diese Zeugen / als membra Universitatis, nicht wenig verdächtig zu seyn scheinen / cumprimis cùm hæc causa non qua universos, sed qua singulos concernat, eò quod utilitas fundi controversi sit singulorum, & omnes in pascua im̃ittant animalia.

Farinac. *de Testib. quæst. 60. n. 411.*

Gestalt es dißfalls eine andere Bewandtnus hat / quando agitur de probando eo, quod in congregatione gestum est, tum enim in

 subsi-

subsidium, quando per alios veritas haberi non possit, illi, qui tali congregationi interfuerunt, testes idonei reputantur.

Farinac. *d. l. n. 479.*

Præsertim cùm contractus emptionis, de quo hîc agitur, totam Universitatem concernat, & ad ejus participationem alii non admittantur, eâque de causâ is nec actu nec habitu per alios probari queat.

Idem *ibid. n. 481.*

26. Uber diß zeiget auch der klare Buchstabe des Kauff-Brieffs / daß die gantze Gemeinde den Sand Q. erkauffet habe / welches ohnmöglich geschehen können / wann sie dessen nicht einig gewesen wären / ex Instrumento siquidem partium consensus apertè elucescit,

L. 38. de O. & A.

cùm Instrumentum veritatis, legalitatis & justitiæ præsumptionem pro se habeat, non autem fictionis ac simulationis.

Gœdd. *Consil. Marp. 28. n. 48. vol. 1.*

Cothmann. *respons. 18. n. 2. & seqq. vol. 1.*

27. Hierzu gehöret auch vierdtens / daß die Gemeinde A. bey Errichtung des Kauff-Brieffs den accordirten Kauff-Schillig der 700. Gulden völlig und in einer Summ bezahlet / daran aber auch die Müllerische Creditores das auf den Sand gehabte Capital der 160. Reichs-Thaler abkürtzen und hinnehmen lassen / allermassen die Zahlung des Kauff-Schillings beydes der vorhin angezogene Kauff-Brieff / und des Vatters Schein beweisen / die Ablag aber der Müllerischen Creditoren Testis secundus Studiosus S. ad artic. reprob. 14. 16. & 17. & Testis tertius Studiosus D. ad dict. art. 14. & 16. sub n. 8. Actorum, ingleichen Testis primus Johann Conrad Müller auf der Stein-Mühl bey S. & Testis secundus Johann Balthasar Müller auf der Stein-Mühl bey A. ad artic. addit. 16. & 17. sub n. 9. Actorum umständlich verkundschafften / tacitè enim Venditioni inest conditio, ut pretium solvatur,

L. 19. de contrah. empt.

cùm

cùm hæc mens venditoris fuisse censeatur, ut pro merce statim pretium recipiat,

Harprecht. ad *§. 41. Inst. de A. R. D.*

eò quod nemo suum jactare velle videantur.

L. 25. princ. de Probat.

Eâque de causâ pretii numeratio pro parte emptionis essentiali, & quidem consecutiva, reputatur

Struv. *Exercit. 6. th. 24.*

An der Verkäuffer / wie auch ermeldter Creditorum antichreti- 28.
corum Seiten aber ist fünfftens Modo legitimo ein Genügen geschehen / indem jene sich des Eigenthums / diese aber des Besitzes gäntzlich begeben / und dergestalt der Sand O. tam ratione dominii, quam possessionis, denen A. abgetretten / und eingeraumet worden; Und zwar so viel das Dominium anlangt / ist daran im geringsten kein Zweiffel / wann man die klare Worte ermeldten Kauff-Brieffs / wie auch des vom Vatter ertheilten Scheins ansiehet. So viel aber die Possession betrifft / so hat Testis tertius Studiosus D. ad artic. reprobat. 17. sub n. 8. davon mit diesen Worten Nachricht ertheilet: Es hätten die Müllerische Erben / nach empfangenem Geld / ihr Unterpfand abgetretten. Ingleichen Testis primus Johann Conrad Müller auf der Herren-Mühl bey S. ad artic. addit. 16. & 17. sub n. 9. Actorum solcher Gestalt: Es hätten gedachte Erben / der Gemeinde A. als bey geschlossenen Kauff sie die 160. Reichsthaler wieder bezahlt bekommen / die Obligation und den Besitz / und zwar in Gegenwart der beyden Junckern / abgetretten. Traditio autem ubi justo fit titulo præcedente, nec non pretio soluto sine dubio operatur dominii translationem.

§. 40. & 41. de A. R. D.

Et quando Creditori hypothecario antichretico id quod ipsi debetur, solvitur, isque volente & præsente vero Domino pignus emptori restituit, dubio procul jus possessionis in hunc transfertur.

arg. *L. 3. de Pact.*

L. 8. princ. ad SCt. Vellej.

Dannenhero gleichwie traditio in contractu emptionis gleichfalls ad substantialia consecutiva gehöret / also ist auch deren Erfolg der A. Kauff in diesem Stück ebenmäßig perficiret und vollzogen worden.

§. 2. Inst. de donat.
L. 80. §. ult. de contrah. empt.
L. 50. de act. empt.

29. Hingegen wird Sechstens das jenige/ was zwischen dem ältern Brudern von S. und dem Spanheimer und Consorten, ingleichen hernachmals unter diesen und denen H. vorgangen seyn soll / mit vorberührten dreyen principiis zumal nicht unterstützet. Dann obwohl ersagter von S. in seinem bey Hochfürstl. Regierung den 29.ten April 1686. übergebenen und bey denen extrajudicial-Acten befindlichen Bericht zugleich eingestanden / daß er mit Andreas Spanheimer und Consorten wegen des à 365. Reichsthaler angeschlagenen Sandes accordiret / auch beyde Contrahenten darüber durch den Advocatum F. eine Kauff-Notul verfertigen lassen / so hat er doch von seinem Vattern keinen Schein / Krafft dessen er hierzu vorhero billich authorisiret werden müssen / vorgezeiget / mithin hat dieser Kauff / ne quidem quoad ipsius partem, bestehen können / wie allschon in Rat. Decid. 2. berühret worden. Actus enim & contractus non potuit celebrari, nisi ab ea persona, quæ eo tempore fuit habilis;

Gloss. *in L. 30. de adopt.*

cum non ante juris ratio, quàm persona sit quærenda, ceu monet Scævola in

L. 14. de Jur. Codicill.

30. Wie dann auch Siebendens der zweyte Bruder sein davon gehabtes Theil mit zu verkauffen ihme eben so wenig eine Vollmacht ertheilet / præterquam autem, quod quilibet suo potius, quàm alieno nomine, contraxisse præsumatur,

L. 4. de solut.

nunquam

nunquam rei alienæ alienatio aliter procedit, quam ſi ſpeciale mandatum intervenerit,

L. 63. de procur.

cum alieno facto jus alterius non mutetur,

L. 27. princ. eod.

& alienus negotiis ſeſe ingerens eo ipſo ſuſpectus reddatur.

L. 25. dict. tit.

Unde verus Dominus à quocunque poſſeſſore rem ſuam de facto alienatam poteſt vindicare,

L. 3. C. de R. V.

etiam ſine refuſione pretii,

L. 23. C. eod.

niſi hoc in utilitatem ejus verſum probetur,

L. 65. princ. ff. dict. tit.

aut Dominus alienationem ratam habuerit.

L. 19. C. de negot. geſt.

Vielmehr iſt es Achtens an deme / daß ſo bald der zweyte Bruder vom ältern hiervon benachrichtiget worden / er ſo fort ſothanen Kauff wiederſprochen / und darmit nicht zufrieden ſeyn wollen / wie davon klare Nachricht giebt Teſtis ſecundus Studioſus S. ad artic. reprob. 2. ſub n. 8. Actorum; ubi autem aperta adeſt contradictio, conſenſus ita exterminatur, ut nulla emptionis veſtigia apparere poſſint, cum anima hujus contractus in conſenſu conſiſtat, 31.

princ. *Inſt. de empt. vend.*
L. 2. §. 1. de contrah. empt.
L. 80. §. 1. de ſolut.

ac proinde primariâ hâc contractus parte remotâ ipſum contractum removeri eſt neceſſe,

Weſenb. *Conſ. 14. n. 38. part. 1.*

quo

quo pertinet, quod eleganter consignavit Javolenus in

L. 55. de O. & A.

In omnibus, inquit, rebus, quæ Dominium transferunt, concurrere oportet affectus ex utraque parte contrahentium, nam sive ea venditio, sive donatio, sive alia contrahendi causa fuit, nisi animus utriusque concurrat, perduci ad effectum, quod inchoatur, non potest.

32. Und obgleich Neuntens erwehnter Zeuge unicus, so wird doch dessen Zeugnuß dadurch unhintertreiblich bekräfftiget/daß der zweyte Bruder das ihme von Hochfürstl. Regierung zu G. übertragene Eyd / er habe seinem ältern Brudern den Schlaunischen Sand seinetwegen mit zu verkauffen keine Vollmacht gegeben / durch seinen Mandatarium Lt. Z. nach der ihme deßfalls vorhero ertheilten / und ex adverso agnoscirten special Gewalt/ in animam suam würcklich abschwören lassen / wie ob deme bey den Judicial-Acten anliegenden Protocollo, und besonders denen den 24.ten Jannuarii im Jahr 1688. von beyden Partheyen Anwäldten gehaltenen mündlichen Recessen auch darauf von Hochfürstl. Regierung den 7.ten Februarii selbigen Jahrs publicirten Definitiv sich ergiebet. Præstito autem juramento litis decisorio secundum eum rectè judicatur, qui juravit, ut vult Gajus in

L. 31. de jurejur.

& si is reus sit, absolutoria decernitur,

Setser *Tract. de Jurament. lib. 4. cap. 17. n. 1.*
Carpzov. *p. 1. const. 22. def. 17. ubi id notabiliter ampliat in expensis.*

de quo tantò minus hoc loco dubitandum, quô ex postfacto nova quædam Instrumenta in contrarium haud fuerunt producta, quæ alioquin contra ejusmodi juramentum, haudquaquam verò ex veriori Interpretum sententia testes admitti solent, tum quod in horum persona metus subornationis subsit, tùm quod particula taxativa: *Solis* reperiatur in *dict. L. 31.*

quæ

quæ alium probandi modum, quàm in lege præscriptum, haud admittit,

Richter. *Conf. 372. n. 23. Vol. 2.*
Everhard. *loc. à natura dictionum taxativ. circa princ.*

Unde licet aliàs Instrumenta & Testes à pari procedant,

L. 1. de fid. instrum.
L. 99. §. 2. de V. S.

id tamen exaudiendum secundum quid, & ubi agitur de merâ facti probatione, non verò ubi quæstio occurrit de impugnandâ sententiâ ex Juramento necessario latâ, illud enim tanquam favorabile laxiorem admittit interpretationem, hoc verò, cum sit odiosum, ad terminos lege præscriptos restringendum, cum in odiosis vis orationis taxativa sit merè exclusiva seu restrictiva, ceu cum Castrensi, Baldo, Aretino, Cravetta, Cephalo & aliis pertinenter & solidè monet

Tabor. Barbos. *locuplet. lib. 18. cap. 5.*

Atque huic sententiæ inter Neotericos applaudunt in terminis.

Setser. *dict. Tract. lib. 4. cap. 17. n. 9. & 10.*
Brunnem. *ad dict. L. 31. n. 21.*
Lauterbach. *in Comment. ad Pandect. Tit. de Jurej. th. 79.*

Accedit præterea, quod jurans morte sua interea subsecuta id, quod juramento sibi delato obtinuit, plenissimè roboraverit, cum mors jam tum non minorem mereatur fidem, quam corporale juramentum,

Gail. *lib. 2. Obs. 43. per tot.*
Richter. *Conf. 149. n. 4. Vol. 2.*

moriente quippe hanc præsumptionem pro se habente, quod immemor salutis æternæ haudquaquam reputetur,

L. ult. C. ad L. Jul. repetund.

E quam

quam Legem canonisatam, vel potius registratam esse relatam à Gratiano inter Canones apparet ex

can. 26. caus. 1. quæst. 1.

Add. Strauch. *dissert. Canon. 1. th. 28.*

33. Da nun Zehendens hierauf erfolget / daß dieser mit dem ältern Brudern einig worden / den Sand Q. denen A. zu verkauffen / wie auch in der That erfolget / auch diesem der Sand gelieffert zu seyn allbereit sub n. 1. & 5. angezeigt worden / so ist um so weniger der vom ältern Brudern vorhin getroffene einseitige Kauff zu attendiren; dann obwohl nicht ohne / daß der jenige / welcher vom ersten Kauff abspringt / und sich mit einem andern käufflich einläst / mit Bestand in Anspruch genommen werde / juxta communem siquidem Interpp. sententiam ex contractu emptionis actione personali ad præstationem ejus, quod interest, conveniri potest.

Bachov. ad Wesenb. *Tit. de donat. n. 7. verb. alienatione.*

Zoes. *ad Tit. de R. V. n. 7.*

Tulden. *in Comm. Cod. ad dict. tit. n. 3.*

ubi ait: Unde consequitur, quod secundo emptori non ad tradendam rem, sed ad id, quod interest, obligetur, quia idem corpus non potest sæpius præstari.

L. 34. §. 1. de Legat. 1.

Ulterius etiam ex delicto, tum ordinario publico, puta falsi, tum extraordinario, sive stellionatus, eum teneri, loca aperta evincunt

in *L. 21. C. ad L. Cornel. de fals.*

L. 3. §. 1. stellionat.

Hahn. *ad hunc tit. n. 2.*

So geschicht doch dem zweyten Kauff dadurch kein Abbruch / sondern es wird vielmehr / Krafft dessen / und der dabey beschehenen Tradition, Dominium in accipientem völlig transferiret / cùm in ejusmodi emptoris personâ titulus & modus transferendi Dominii concurrant, & is propterea primo emptori solum titulum habenti meritò præferatur. *L. 15.*

L. 15. C. de Rei Vindic.
Costal. *ad L. 9. §. 4. de public. in rem act.*
Christinæus *Vol. 2. decis. 174. n. 16.*

Und hindert Eilfftens nicht / daß bey deme zwischen dem ältern Brudern von S. und dem Spanheimer und Consorten zu G. den 29.ten April 1685. errichteten Kauff ein gewisser Zahlungs-Termin auf den folgenden 3.ten Tag Maji angesetzet worden / quo casu fidem de pretio habitam esse constat, eo effectu, ut dominium in accipientes fuerit translatum, cùm hoc ipso necessitas illicò solvendi pretii fuerit remissa per 34.

L. 19. de contrah. empt.
§. 41. Inst. de A. R. D.

adeò ut quamvis unius saltem horæ dilatio fuerit data, tamen hæc fidem datam operetur,

Wames. *Cons. 1. n. 8. cent. 3.*
Zoes. *ad tit. de act. empt. n. 7.*

& propterea certissimum fidei habitæ argumentum censeatur termini solutionis adjectio.

arg. *L. 1. C. de part. empt. & vend. comp.*
Moller. *lib. 4. semestr. c. 28. n. 7.*

Massen solches alsdann / wann dem Käuffer post fidem habitam das Gut würcklich zu Handen gestellet / und dessen Besitz eingeraumet worden / statt findet per

dict. §. 41. ibi: venditæ verò res & traditæ. Inst. de A. R. D.

in gegenwärtigen Fall aber hat denen Käuffern der Sand / weil er in der Müllerischen Erben Handen gewesen / ohnmöglich tradiret werden können / wie nachgehends sub n. 28. gezeiget werden soll.

Anjetzo nicht zu wiederhohlen / daß in des ältern Brudern Macht den Sand zu verkauffen nicht gewesen / und deßwegen selbiger mit denen Käuffern auf Credit zumal nicht handeln können / quando enim fides per vendentem haberi non potuit, Dominium haud transfertur, 35.

fertur, etiamsi pro modicâ duntaxat Summâ fides sit habita.

Bertezoll. *de clauf. Instr. cas. 31. gloß. 1. n. 16.*

36. So wenig dann der Sand denen Käuffern tradiret / und mit ihnen auf Credit gehandelt werden können / so wenig ist auch zum Zwölfften an deren Seiten das geringste zur Angifft bezahlet worden / ist sich auch sehr über die vielfältige Variationes und Contradictiones, so diese Käuffer in ihren Dispositionibus dißfalls vermercken lassen / zu verwundern. Massen (1.) der Stein-Müller ad interrog. præl. addit. person. 6. sub n. 37. Actorum, ausgesagt / es hätten 50. Reichs-Thaler und zwar den 3.ten Maji 1685. zur Angifft gegeben werden sollen. Der Mit-Käuffer Spanheimer aber will von diesen Umständen ad idem interrog. person. addit. nichts wissen / ja sagt gar ad interrog. præl. add. 1. es wäre von keinen 50. Reichs-Thalern geredet worden / sondern deponiret ad dict. interr. personal. 6. es hätte die Angifft 350. Gulden seyn sollen / das Ziel aber seye erst auf den Dienstag als den 5.ten Maji gesetzt. (2) Bekennen beyde Käuffere / daß nicht das geringste zur Angifft seye gezahlet worden / & quidem apud interrog. prælim. addit. person. 7. fügen auch dessen zwey Ursachen an / theils weil genommener Abrede nach der Verkauffer nicht nacher H. auf den bestimbten Tag kommen / und die Gelder abgehohlet habe / theils weil der Zahlungs-Termin noch nicht fällig gewesen / wie beyde ad interrog. prælim. addit. personal. 7. ausgesagt. Nun widersprechen diese Käuffere sothanen zweyen Ursachen offenbahr / und zwar der letzten / weil beyde ausdrücklich / und zwar der Stein-Müller ad interr. prælim. addit. personal. 6. der Spanheimer aber ad interrog. præl. addit. 1. klar deponiret / daß der Zahlungs-Termin auf den dritten Maji bestimmet gewesen. Der erstere aber / weil beyde ad dict. interrog. prælim. addit. 1. eingestanden / daß der Verkäuffer von S. auf selbigen Tag sich zu H. eingefunden habe. (3.) Haben beyde Käuffere ad interr. præl. addit. personal. angegeben / die Gelder zur Angifft hätten den 3.ten Maji parat zur Zahlung gelegen. Gleichwohl haben diese beyde ad interrog. prælim. addit. 2. bekannt / sie seyen beyde auf eben

eben den Tag zu G. gewesen / und dabey der Stein-Müller vermeldet / sie hätten daselbst Geld lehnen wollen / der Spanheimer aber / das Geld wäre schon bestellt gewesen. Was nun von dergleichen vielfältigen Variationen und Contradictionen / bevorab so von solchen Zeugen geschehen / welche de proprio facto deponiret / und sonsten bisweilen zugelassen werden pflegen /

arg. *L. 58. §. ult. de ædil. edict.*
Petrus de Benintendis *decis. Bonon. 63.*
Matth. de Afflict. *decis. Neapol. 369. n. 11. & seqq.*

zu halten / wird ein ieder ohnschwehr finden und urtheilen können / qui enim tantopere variant, sibique sunt contrarii, fortissimâ juris præsumptione se gravare dicuntur.

L. 16. de Testib.
Cravetta *Cons. 178. n. 4.*

Indigni prorsus, ut aliqua ipsis fides habeatur,

arg. *d. l. 16.*
Jason. *in l. ult. C. de fideicommiss.*

cùm contrarietas in testibus suspicionem falsi inducat,

L. 27. ubi Bartol. *ad L. Cornel. de fals.*

& ex solâ variatione actuum dolus præsumatur,

Zasius *Cons. 16. n. 43.*
Gœdd. *Cons. Marp. 32. n. 295. p. 3.*

eâque de causâ testes in uno vocillantes & reprobati in omnibus redduntur suspecti, nullâque in re ipsis credi solet,

cap. 54. X. de Testib.

præsertim cùm solutio pretii partem emptionis substantialem, utut consecutivam, constituat,

L. 51. §. 1. de act. empt.
§. 41. Inst. de A. R. D.

tantò magis autem nocet variatio & contradictio, quando negotium

tium principale respicit.

Aretin. *Consil. 60. circ. fin.*

Bertazoll. *Consil. Civ. 32. n. 8.*

In welcher Absicht dann auch auf die von ihnen angeführte gegeneinander lauffende / und den Stich gar nicht haltende Rationes keine Absicht zu nehmen / rationes enim minus bonas & incongruas addere idem est, ac si nulla addita fuisset,

Novell. 90. cap. 2. ibi: aut etiam causam testimonii fortè faciunt manifestam.

L. 4. C. de testib.

& proinde confessio de non factâ solutione scindi & ab hisce rationibus inconvenientibus prorsus dividi potest.

Baldus *in L. siquidem notab. 2. C. de transact.*

Gœdd. *Cons. Marp. 28. n. 77. vol. 2.*

37. Und da sich Dreyzehendens in Actis nicht findet / daß nach der Hand der verglichene gantze Kauff-Schilling dem Verkäuffern bezahlet worden seye / vielmehr aber Johann Jacob von End / von H. ingleichem Wilhelm Rinn daselbsten / und Johann Jacob Weigel von L. apud interr. prælim. 6. ante dictos artic. sub n. 37. Actorum, davon nichts wissen / noch daß solches geschehen / glauben wollen / so ergibt sich der Mangel dieses nothwendigen Stucks gantz unstreitig / und wann dannenhero gleich der Sand denen H. so doch allhier ohnmöglich geschehen können / tradiret worden wäre / so hätte dannoch dessen Eigenthum ihnen solcher Gestalt nicht zuwachsen können / rei siquidem venditæ dominium non aliter in emptorem transire in confesso est, quàm si pretium numeratum, vel aliter venditori satisfactum fuerit.

§. 41. Inst. de A. R. D.

Bevorab da eben berührter massen mit ihnen auf Credit nicht gehandelt werden können. Unde si secundi emptores pretium se solvisse probant, ut hîc ab A. factum, priores autem emptores pretii numeratio-

merationem aliamve satisfactionem probare non possunt, (ut hoc loco ab H. fieri non posse, modò probatum) tùm merito ex his duobus emptoribus potiores erunt, qui pretium se solvisse probârunt, vel aliter se venditori satisfecisse, etiamsi res aliis quoque temporibus & quidem primis tradita fuerit; Ita in terminis concludit JCtus omnium elogio accuratissimus Fridericus Martinus in singular. Juris post tractatum de Censibus & quidem in Comment.

ad L. 15. C. de R. V. vers. Erit & hoc in casu potior is &c.

Gleichmäßige Bewandtnuß hat es Vierzehendens mit denen jenigen sechs Achtel Gersten / so diese Käuffere beym veraccordirten ersten Ziel noch ferner zu geben sich anheischig gemacht / wie schon vorhin gemeldet worden / Gestalt dieselbe eben so wenig denen Käuffern abgetragen worden / wie Testis in ordine secundus, Johann Richard S. Hoffmann zu L. ad artic. prob. 15. eydlich ausgesagt / auch evidentia Actorum darmit allerdings übereinkommt / quicquid autem in actis non continetur, pro non facto reputatur, 38.

arg. *cap. 11. X. de Probat.*

& negativa eo ipso probari censetur, quod illud, de quo quæritur, haud reperitur,

arg. *L. ult. C. de R. C.*

cùm Acta notorium inducant.

L. ult. C. de re judic.

Facit, quod solutio sit facti, eâque de causâ nullatenus præsumi soleat,

L. 25. §. 1. de Probat.

L. 10. C. de non numer. pecun.

Wesenb. *Cons. 72. n. 5. part. 2.*

præprimis cùm negativa præsumptio fortior sit, quàm affirmativa,

Parisius *Cons. 29. n. 83. vol. 2.*

Menoch. *de A. J. Q. lib. 2. cas. 472. n. 27.*

Vultej. *Cons. Marpurg. 22. n. 67. vol. 1.*

ejusque

ejusque virtus tanto majori robore constet, quo etiam uno teste confirmatur. Cùm enim hic dubio procul magnam præsumptionem faciat

Card. Tusch. *lit. T. confus. 281. n. 29.*

Duæ præsumptiones hoc modo concurrentes plenam probationem efficiunt.

Gloss. *in L. instrumenta. C. de Probat.*
Cravett. *cons. 143. n. 12. & cons. 158. n. 11.*

Und ob zwar an Seiten der Käuffer ad artic. 14. sub n. 1. Actorum vorgegeben worden / daß sothane sechs Achtel Gersten am Herbst-Ziel abgehen sollten / so wird doch solches durch ihre angegebene Zeugen nicht erwiesen / asserere autem aliquid non sufficit, sed evidenti ejusdem demonstratione opus est;

cap. 3. in fin. X. de caus. propr. & possess.
L. 11. de probat.

Vielmehr aber sagt bemeldter Zeuge Richard aus / er wisse hiervon im geringsten nichts / ad dict. art. 14. cujus depositioni juratæ, dum aliud probatum non fuit, meritò fides habenda.

Jason. *ad L. 74. n. 13. de Legat. 1.*

Um so mehr / da die einige Tage hernach verglichene Zugabe / an statt eines gewissen Kauff-Ziels / zu tretten nicht vermuthet wird / quia res quædam surrogata haud intelligitur, nisi hoc, expressè ita cautum fuisse, doceri possit.

arg. *L. 16. §. ult. de fidejuss.*
Goedd. *Cons. Marp. 33. n. 261. vol. 3.*

39. Diesem allen thut Funffzehendens einen nachdrücklichen Beyschlag / daß als die beyde Gebrüdere von S. der Gemeinde zu A. den Sand um hundert Gulden weiter verkaufft / gleichwohl aber dem Spanheimer und Consorten, so des nachfolgenden Tags zu ihnen nacher B. kommen / um eben diesen erhöheten Preiß / denselben zu überlassen sich anerbietig gemacht / dannoch diese darzu sich nicht verstehen wollen /

sondern darauf geschehen lassen / daß Juncker Balthasar die vorhin mit ihnen aufgerichtete Kauff-Notul mit Vermeldung dieser Worten: So ist unser Kauff nichts: zerrissen / ihnen ein Trunck Bier gereichet / und zwey Maas Wein erstattet / und nachdem dieses alles geschehen / Sie davon gegangen / und dadurch dem Kauff allerdings renunciiret haben / wie dieses alles Studiosus D. ad interrog. præelim. 4. & 5. bey denen sub n. 8. anliegenden S. articulis reprobatoriis, ingleichen ad hos articulos, & nominatim ad 5. & seqq. usque ad 14. Dann forters Studiosus S. ad dict. interr. prælim. 4. 5. & 7. nec non ad artic. 6. 7. 8. 9. 10. & seqq. usque ad 14. Letzlich auch Andreas Heinrich von H. ad dict. interrog. præl. 4. so dann ad artic. 5. & seqq. usque ad 14. sehr umständlich / auch mit dem Beysatz / daß sie alles mit angesehen und gehöret / angegeben und verkundschafftet haben. Licet enim cancellatio Instrumenti per se contractum semel initum non tollat, cùm hoc non ad substantiam, sed probationem duntaxat pertineat,

L. 4. de Pignor.
L. 5. C. de Transact.

eâque de causâ vulgo dici soleat, Instrumenti defectum veritatem rei non immutare.

L. 1. 4. & 6. C. de Fid. Instrum.
Wesenb. *Cons. 9. n. 29. part. 1.*

Secus tamen sese res habet, quando is, qui Instrumento obligatur, expressè contestatur, se propterea illud cancellare, ut contractus vicissim tollatur, & obligatio inde nata in irritum recidat, tum enim si altera pars sine ulla protestatione id admittat, non potest non juri quæsito renunciasse, censeri, tum quod sic approbet destructionem negotii antea celebrati, cum nemo incompatibilia possit nec debeat velle,

arg. *L. 29. §. 1. de pecul.*

tum quòd sibi imputare debeat, cur contra ejusmodi factum enixa protestatione in continenti interpositâ sibi non prospexerit, ta-

cens enim sibi præjudicat, quando contradicendo actum impedire potuit, neque tamen impedivit,

L. 12. de Evict.
L. 4. §. 12. de Except. dol.
L. 92. de Legat. 1.

tùm denique, quod tacita etiam renunciatio præjudicet,

cap. 19. X. de Censib.

factum nempe contrarium sibique damnosum admittendo.

cap. 20. X. de offic. deleg.
cap. ult. X. de rit. & honest. Cleric.

40. Ja es wird auch Sechzehendens diese Renunciation mit einer ausdrücklichen Genehmhaltung begleitet / indem das jenige / was eben berührter massen an Seiten des Aeltern von S. vorgangen / von ihme Spanheimern durch die ertheilte Antwort: Es wäre gut: approbiret / auch noch überdiß wegen des von jenem gethanen und eben angezeigten Erbietens Danck gesagt worden / wie Stud. D. ad dict. Interr. præl. 11. sub n. 8. Actorum, ingleichem Heinrich Honig ad artic. reprob. Allendorff. 30. sub n. 43. Actorum deponiret / sine dubio autem consensum exprimere & actum approbare dicitur, qui utitur verbis mentem apertè demonstrantibus, quæque alium, quam in approbationem directum sensum habere nequeunt, cùm verba sint mentis nostræ signa, animique voluntatem ostendant,

L. 7. §. 2. de supp. legat.
L. 38. de O. & A.

& verborum significatio intentionem exprimens retineri, haudquaquam verò ab eâ recedi debeat,

cap. 15. X. de V. S.

neque enim ad approbationem alicujus actus efflagitantur præcisè verba consensum directè inferentia, ut sunt, consentio, approbo, contentus sum & similia, sed sufficiunt etiam æquipollentia,

arg. *L. 22. princ. ad SCt. Trebell.*

L. ult. C. ad L. Falcid.
Boërius *decis. 44. n. 33.*
cùm expressum dicatur, quod ex vi verborum inducitur, eorumque natura secum trahit,
L. 29. §. 1. de lib. & posth. hered. instit.
Ruinus *Consil. 159. n. 8. & 9.*
Gratian. *discept. forens. tom. 4. cap. 698. n. 9.*
cumprimis verò oblatum recusare dicitur, qui factâ sibi denunciatione contractum cum alio plenè consummatum iri, nisi idem offeratur, quod alius obtulit, gratias reponit, cùm è diametro pugnent, contractui insistere velle, & tamen pati, ut is rescindatur, cumque alio celebretur, contraria autem simul stare non possunt,
cap. 3. in fin. X. de baptism.
cùm uno posito removeatur alterum,
L. 15. de except. rei judic.
& quando contraria plura incompatibilia concurrunt ultima, prævalere solent.
Cardinal. Tusch. *lit. C. concl. 1011.*

Zumal da auch Siebenzehendes / Spanheimer und Consorten 41.
noch einige Ursachen / warum sie nicht mehr zu geben gemeynet / hinzu gefüget / weil sie nemlich das Geld sonsten zu gebrauchen hätten / der Sand wäre auch nicht mehr wehrt; Wie ebenfalls Studiosus D. ad dict. interr. præl. 4. Studiosus S. ad interrog. præl. 4. & 7. und bemeldter Honig an vorigen Ort verkundschafftet; Indubitata autem approbationis signa sunt, quando quis pretio priori inhæret, illudque nullâ ratione augere concupiscit, quia sic plus offerenti cedit, novumque contractum cum hoc celebrare permittit,
arg. *L. 7. & 8. de in diem addict.*
posse enim & non facere, nihil aliud est, quàm sibi potentiam præripere,
L. 6. C. si quis alteri vel sibi &c.

accedit, quòd ex causis adjectis mens apertè colligatur, eò quòd talis præsumatur mens, qualis est causa, quia dicitur dux mentis.

Anchoran. *Cons. 254. n. 4.*
Roman. *Consil. 503. n. 7. & seq.*

42. Ob nun gleich viele Zeugen von der Gemeinde H. deponiret / es wären zwar Spanheimer und Consorten für ihre Personen von dem Kauff abgangen / hingegen aber die Gemeinde daselbsten an ihre Stelle getretten / wie an denen sub n. 37. anliegenden Attestatis sich ergiebet / so ist Achtzehendens diese angegebene Cession, wann selbige nach denen Umständen dieses Falls / auch gründlicher Erwegung und Gegeneinanderhaltung der Attestatorum abgemessen wird / allerdings nichtig; Dann gleichwie berührter massen der ältere Bruder von S. von dem Vatter den Sand zu verkauffen so wenig / als auch von dem zweyten Bruder / Falls schon der Vatter consentiret hätte / bevollmächtiget gewesen / neben dem auch derselbe in Handen der Müllerischen Erben gewesen / und dahero denen Käuffern ohnmöglich tradiret werden können / mithin der Kauff-Contract à perfectione tùm primâ, tùm secundâ sive implemento remotus geblieben / also auch dessen angegebene Cession auf eine bloße Impossibilität verfallen muß. Cùm enim Cessionarii utantur jure cedentis,

L. 5. C. de hered. vend.

utique cessio in irritum recidit, quando hic nullum jus habuit, vel ejus invaliditas apertè doceri potest,

Curt. Junior. *Cons. 142. n. 8.*
Alphons. de Olea *post Tract. de Cession. action. decis. 38. n. 7.*

neque enim cedens plus juris in Cessionarium transferre potuit, quàm ipse habuit.

Vultej. *Consil. Marp. 22. n. 115. vol. 3.*
Socin. *Consil. 97. n. 60. vol. 2.*

43. Um so mehr / da auch Neunzehendens / die erste Käuffer nicht den geringsten Heller am Kauff-Schilling / wie allbereit n. 12. & seqq. angezeiget

gezeiget worden / bezahlet / ad hoc enim, ut cessio subsistat, non modò conventum & determinatum, sed & reapse numeratum esse pretium necesse est,

L. 22. ibi: solutarum pecuniarum.

L. ult. princ. ibi: his quæ præstitit. C. mandat.

Ohngehindert / quòd fidem de pretio habitam esse, n. 11. ostensum fuerit, quo casu cessionem nihilominus subsistere, cum citatis tradit

Menoch. *præs. 129. n. 24. lib. 3.*

eò quòd datum videatur, quod promissum

L. 9. §. 1. de condict. caus. dat. caus. non sec.

& paria fermè in jure reputentur, datum esse pretium, aut fidem de eo habitam.

L. 19. de contrah. empt.

L. 9. §. 3. de pign. act.

L. 52. de solut.

Gestalt solches allein zu verstehen / ut procedat unicè quoad substantiam cessionis, non verò ejusdem exercitium, etenim ex cessione prius agi nequit, quàm si summa conventa ex asse soluta fuerit, wie solidè erläutert

Brunnemann. *ad dict. L. 22. & ult. C. mand.*

Anitzo nicht zu wiederhohlen / was weiter contra prætextum fidei habitæ in dict. n. 12. & anteced. angezogen worden.

Neben dem geben sich auch zum Zwantzigsten aus denen Attesta- 44.
tis solche Umstände an / welche bewähren / daß dergleichen Cession in der That gar nicht vorgangen seye. Massen als Testis secundus Johann Jacob Weigel von L. so doch zugleich mit dem Spanheimer und Consorten, den ersten Kauff eingangen haben soll / wie Ludwig Schliegen Becker von H. ad interr. prælim. 17. bey denen sub n. 37. Actorum anliegenden depositionibus bezeiget / auf die von denen sämbtlichen Einwohnern zu H. den 20.ten Januarii 1687. übergebene und sub n. 18. Actorum lit. A. anliegende articulos ulteriores probatorios,

und darunter sonderlich auf den 5. und 6. gefraget worden: wahr / wie Spanheimer vermercket / daß die Gemeinde H. zu sothanem Schlaunischen Sand Lusten gehabt / er ihr solchen in eben dem Kauff überlassen habe / wie er solchen von denen Junckern S. erhandelt gehabt; Ingleichen wahr / daß solches geschehen seye / ehe der Spanheimer und Andreas Heinrich nacher B. gegangen / und Spanheimer die Kauff-Notul begehret habe: Hat er auf beyde articulos geantwortet: Er wisse nichts davon. Ingleichem als er beym Interr. prælim. 15. ante hos articulos gefraget worden: Ob die Gemeinde H. ihme Zeugen den Sand Q. aufgekündiget / und sich in ihren Kauff zu tretten erkläret / auch wer die jenige seyen / so den Kauff aufgekündiget / und wann es geschehen? Hat er gar mit Nein darauf geantwortet: Nicht weniger haben auch Testis septimus Conrad Peter von L. ja auch noch zwey von der Gemeinde H. selbsten / als Testis tertius Jacob von End / und Testis quartus Johann Georg Göbel ad dict. Interr. præl. 15. von keiner Auffkündigung und Erklärung in den Kauff zu tretten / so die Gemeinde H. gethan haben solle / wissen wollen. Wie nun mit solcher Aussage / so die drey Letztere gethan / mit ihrer ad Int. præl. 17. gethanen Deposition, es seye die Gemeinde in den Kauff getretten / übereinkomme / und ob nicht eine offenbare Contradiction und Variation daraus entspringe / am allermeisten aber die zwey letztere Zeugen / so von der Gemeinde H. sind / die angegebene Cession völlig verdächtig machen / stehet gar leichtlich zu ermessen; Cùm enim Universitates convocatis omnibus & deliberato consilio singula gerant, eaque in omnium notitiam venire debeant,

L. 14. l. 19. ad munic.
L. 2. l. 46. C. de decur.
Losæus *de Univers. cap. 1. n. 21.*

quia id, quod Universitatem tangit, ab omnibus approbari debet,

cap. 6. X. de temp. ordin.
cap. 7. in fin. X. de Offic. Archidiac.
cap. 29. de R. J. in 6.to

Sanè

Sanè non parum ſuſpectum additur negotium, de quo nullam ſe habere notitiam, partim duo membra Univerſitatis partim etiam unus ex coëmptoribus profitentur. Cùm enim ad minimum membra illud ad actum illum prætenſum citari debuerint, veriſimile non eſt, quia ſi talis reapſe celebratus fuiſſet, vel cum ipſa citatione vel tamen poſtea ejus notitiam impetrâſſent, cùm in his, quæ publicè fiunt, ſemper ſcientia præſumatur.

Gloſs. *in cap. 1. X. de poſtul. prælat.*

Socin. *Reg. 220. fallent. 2.*

Similiter ceſſio iſta ad exitum haud perduci potuiſſet, niſi & coëmptor conſenſiſſet, cùm ceſſio ſit ſpecies alienationis,

L. ult. C. de hered. vel act. vendit.

L. 55. de Procur.

& idem præſtet in rebus incorporabilibus, quod facit traditio in corporalibus,

Struv. *Exercit. 23. th. 79.*

nequit autem alienatio fieri, niſi omnes, ad quos res pertinet, conſentiant,

L. 1. C. comm. divid.

cum invito Jus quæſitum auferri nequeat,

L. 11. de R. J.

L. ult. de Pact.

& nemo à Jure quæſito recedere præſumatur.

Weſenb. *conſ. 4. n. 75. part. 1.*

Dieſen Verdacht vermehret zum Ein und zwantzigſten / daß die andern Mit-Käuffer als Andreas Spanheimer und Johann Steinmüller beyde von H. gleichfalls ad dict. Prælim. Interr. 15. ausgeſagt / es ſeye die Gemeinde in ihren Kauff getretten / da ſie aber bey dem Interr. prælim. 19. gefragt worden / wo ſolches geſchehen / und wer mehr dabey geweſen / haben beyde weder von der Dorffſchafft H. noch deren Einwohnern / ſondern de loco primæ venditionis & perſonis tum 45.

tempo-

temporis præsentibus geantwortet: Indem sie angegeben / es seye solches in Caspar Volckers Haus in Gegenwart Zeugens Steinmüllers des ältern S. dessen Hoffmanns und Volckers Sohn gewesen: welches aber / daß es zu G. vorgangen / offenbar sich ergiebet / wann man Interrog. præl. 1. 2. 3. & 19. ansiehet / und mit gedachter Aussage conferiret. Testes autem, qui dicunt negotium quoddam à totâ Universitate gestum & approbatum esse, deponunt verò de circumstantiis locorum & personarum prorsus diversis inconvenientibus, & talibus, ubi & eorum, quibus non idem, sed aliud planè negotium fuit celebratum, fidem nullam faciunt, eò quod ex loci & personarum diversitate oriatur facti diversitas, ut benè concludit

Farinac. *de Testib. quæst. 64. n. 80.*

Impossibile siquidem est, locum primæ venditionis cum loco postmodum secutæ cessionis, nec non personas & membra Universitatis cum personis, quæ primæ venditioni interfuerunt, convenire posse, & eapropter substantialis oritur discrepantia, quæ testimoniis fidem adimit

Farinac. *d. l. n. 77.*

Ubi enim disparitas facti est, ibi etiam disparitatem juris oriri est necesse,

Mynsing. *Respons. 90. n. 3. & seqq.*
Joseph. Ludovic. *decis. Lucent. 50. n. 4.*
Gœdd. *Cons. Marp. 25. n. 58. vol. 1.*

& testes plures inter se contrarii prorsus nil probant.

Besold. *Cons. 246. n. 56. part. 5.*

46. Da nun ermeldte zwey Zeugen und Mit-Käuffer durch ihre allzuverdächtige Deposition gar einen andern Ort / und mit selbigem auch ein ander Factum angegeben / so sind zwar die übrige Zeugen aus der Gemeinde H. bey selbiger Dorffschafft / allwo die Cession resolviret seyn soll / geblieben / haben aber zum Zwey und zwantzigsten bey der Special-

Special-Localität dergestalt variiret / daß dadurch deren Zeugnuß und mit selbigem die gantze Cession aus dem Grund destruiret und unterbrochen wird. Dann da bey dem eben angeführten præelim. Interr. 19. gefraget worden / wo die Eintrettung in den Kauff geschehen / und wer dabey gewesen? Hat Testis tertius Jacob von End geantwortet: Es seye bey dem Leiter-Haus vor der Gemeinde geschehen. Hingegen sagte Testis secundus Johann Adam Gorr / ad idem Interr. es seye in seinem Haus geschehen / und wären die Vorsteher der Gemeinde dabey gewesen. Wiederum sagt anderster Testis quintus, Ludwig SchliegenBecker / indem er indefinitè sagte / es seye zu H. geschehen / wisse aber nicht / wer mehr dabey gewesen.

Dann gleichwie wiedereinander laufft / bey dem Leiter-Hause vor der Gemeinde / und hingegen in einem Privat-Hause / Johann Adam Gorrens / bey denen Vorstehern geschehen zu seyn / ingleichen bey der offentlichen Gemeinde zu H. geschehen zu seyn / und doch nicht wissen wollen / wer mehr dabey gewesen / also entspringet auch daraus eine Singularität / so das Hauptwerck allerdings entkräfftet. Quando enim testes plures deponunt super actu perfecto & absoluto, diversis autem in locis absolutionem factam esse commemorant, nascitur inde singularitas obstativa, quæ vim probandi enervat, etiamsi, ut hîc fit, versemur in actu momentaneo, seu uno eodemque tempore consummato,

Farinac. *dict. quæst. 64. n. 87. & 88.*

Sunt enim hâc ratione discordantes in prædicamento Ubi, & ita implacabiles, ceu exemplo quoque sacro stabilit

Farinac. *ibid. n. 5. & 19.*

Wozu Drey und zwantzigstens kombt / daß die Gemeinde H. so 47.
wenig mit denen von S. selbsten contrahiret / als wenig denenselben einige Zahlung gethan habe. Immassen da die Zeugen von dieser Gemeinde beym Interr. præl. 17. sub n. 37. Actorum gefraget worden / ob dieselbige Gemeinde mit denen von S. über den Sand Q. jemahls einen Kauff getroffen? haben Johann Goor / Andreas Spanheimer

und Johann Steinmüller darauf mit Nein geantwortet / und dabey gesagt / sie seyen nur in des Spanheimers oder den ersten Kauff getretten / auf welche Weise auch Jacob von End / Johann Georg Göbel / Ludwig Schliegen Becker / und Wilhelm Rinn daselbsten deponiret / es seye nemlich die Gemeinde in des Spanheimers / Weigels und Steinmüllers Kauff getretten. Und findet sich dahero von selbsten / daß auf Conrad Peters von L. / als eines Extranei Zeugnuß / so er an erwehnten Ort abgeleget / und allen übrigen widersprochen / im Geringsten nicht zu gehen / sondern vielmehr zu verwerffen seye / indem bekandt / quod unus Testis ad vim probandi non sufficiat,

L. 9. C. de Testib.

cumprimis in concursu plurium eidem contradicentium ; Quantumvis enim non tàm multitudo, quàm potius dignitas in testibus sit spectanda,

cap. 32. X. de Testib.

hoc tamen loco æqualitas omnium testium est par & æqualis, cum omnes ruri habitent. Deinde plures testes contra seipsos deponunt, quæ confessio adeò valida est, ut non possit non attendi, & ad condemnandum sufficere,

can. 1. caus. 2. quæst. 1.
can. 4. caus. 31. quæst. 2.

Accedit, quod Testes de Universitate veritatem magis scire censeantur quam extranei.

Uranius *ad cap. nostra. X. de Test. n. 35. in fin.*

48. Soviel aber die Zahlung selbsten anlangt / findet sich in denen Actis nicht die geringste Anzeige davon / und bleibet es demnach bey der gemeinen Regul / quòd solutio in mero facto consistat, eâque de causâ probatione indigeat;

L. 10. C. de non num. pec.

eò magis, quod nullum processisse contractum demonstratum,
ex

ex quo valida naſcatur obligatio; hæc enim ſolutione demum diſſolvi ſolet.

princ. *Inſt. quib. mod. toll. obligat.*

Und thut Vier und zwantzigſtens nichts zur Sache / daß die Gemeinde H. 330. oder mehr Reichs-Theiler an Kauff-Geld zu G. deponiret haben will / wie einige Zeugen von ſelbiger Gemeinde ad Interr. præl. 22. dict. n. 37. Actorum deponiret / maſſen wann ſolche Depoſitio einigen Effect erreichen ſollen / entweder die an Seiten dieſer Gemeinde angegebene Ceſſion auf richtigen Fuß geſtellet / oder ein beſtändiger Kauff-Contract, und zwar ehe die Gemeinde zu A. von denen beyden Gebrüdern von S. den Sand Q. erkaufft und gelieffert bekommen / mit ſelbiger errichtet und vollzogen / auch ſobald darauf ihnen der Kauff-Schilling in Beyſeyn glaubhaffter Zeugen offeriret / nach deſſen Recuſation aber auf deren vorher gegangenen Citation oder erwieſenen beharzlichen Ungehorſam gerichtlich obſigniret und deponiret werden müſſen. Da aber erſagte H. Gemeinde ſo wenig zu einem mit denen Gebrüdern von S. errichteten Kauff-Contract, als wenig zu der von denen erſten Käuffern dem Angeben nach erhaltenen Ceſſion ſich legitimiren können / wie allbereit weitläufftig gezeiget worden / forters ihnen auch kein Kauff-Geld præſentibus teſtimoniis offeriret / mithin von einer an deren Seiten vorgegangener Recuſation und darauf nöthig geweſener Judicial-Obſignation und Depoſition vergeblich geredet wird / allermaſſen auch von dieſen allen in Actis nicht die geringſte Anzeige zu finden / vielmehr aber die H. ſelbſten eingeſtehen / daß das deponirte Geld auf Hochfürſtl. Cantzley zu G. nicht angenommen werden wollen / wie Ludwig Schliegen Becker ad Interr. præl. 20. ſub. n. 37. Actorum deponiret / neben dem auch die H. in ihrem ſub eod. num. 18. Actorum, und zwar in einer Beylage ſub lit. A. anliegenden Articulis probatoriis & quidem art. 11. eingeſtehen / daß ſie Gelder bey ihren Anwaldt F. deſſen Schein auch ſub dict. n. 18. Actorum beyligt / und dergeſtalt nicht in loco Judicii abgegeben / ſo wird vergeblich von einer zu Werck gerichteten Depoſition ge- 49.

redet / ad hoc enim, ut depositio fieri & effectum sortiri possit, non saltem existentia objecti, puta debiti, sive proprii, sive alieni, veluti ex cessione obtenti præexistat, necesse est,

L. 19. C. de Usur.
L. 9. C. de Solut.

cum debiti causâ cessante frustra de depositione quæratur,

L. 2. C. de Usur.

neque hæc effectum solutionis obtinere possit,

d. L. 19. eod.

verum etiam implementum formæ desideratur, veluti debitum totum realiter & præsentibus testibus offeratur,

L. 122. ibi: integram summam. de V. O.
eâd. L. 19. ibi: sortem cum Usuris.
L. 6. ibi: Testibus præsentibus. C. de Usur.
Schulz. *Tract. de Oblat. Obsign. & Depos. cap. 4. n. 2. 3. & 26.*

Et si creditor injustè recusaverit, in judicio, citata prius adversa parte, numeretur, obsignetur & deponatur.

L. 1. §. 36. dep.
L. 39. de solut.
Costal. *ad L. 9. de rescind. vendit.*
Sichard. *ad dict. L. 19. C. de Usur. n. 5.*

Und hindert nicht / daß beyde Gebrüdere von S. zu Hinterlegung der Gelder den 14.ten Julii Anno 1685. von Hochfürstl. Regierung zu G. citiret worden / wie die Copia solcher Citation sub n. 18. Actorum, und zwar in einer Beylage sub n. 3. anlieget / massen zwar anfangs ersagte Regierung die Gelder in Deposition anzunehmen Willens gewesen / wegen nachgehends aber herfür getrungenen Difficultäten dessen Bedencken getragen / allermassen aus deren erstatteten / und sub d. n. 18. Actorum anliegenden unterthänigsten Bericht sich in fin. ergiebet.

Deme

Deme noch sonderlich beyschlägt / daß da die Gemeinde A. den Sand 50.
den 14.ten Maji im Jahr 1685. erkauffet / wie in Ration. Decid. 1. dargethan worden / die Gemeinde zu H. allererst im Jahr 1687. sothane ohnedem gantz irregulaire Deposition vorgenommen / wie Testis tertius Jacob von End ad Interr. præl. 21. sub n. 57. Actorum ausgesaget / mit welchem auch übereinkombt Testis secundus Johann Adam Gorr ibid. indem er angegeben / es möchte etwa vor 4. Jahren gewesen seyn / da die Gelder deponiret worden / welches gleichfalls aufs Jahr 1687. hinaus laufft / indem dieser Zeuge Anno 1691. abgehöret worden / und damit hieran kein Zweiffel erscheine / so haben die H. in oben bemeldten Articulis probatoriis sub lit. A. & quidem Artic. 10. & 12. selbsten eingestanden / daß diese Depositio den 14.ten Julii 1685. vorgangen seye. Ob nun wohl dieser Articul mit ermeldten Attestatis nicht accordiret / so kombt doch dieses heraus / daß mehr berührte Depositio nach den zwischen denen Gebrüdern von S. und der Gemeinde A. getroffenen Kauff / wie auch lite jam motâ & pendente, indem selbiger nach Besag der Extrajudicial-Acten den 16.ten Maji eben dieses Jahrs den Anfang genommen / zu Werck gerichtet worden seye / inepta autem est depositio, quæ non fit tempore opportuno, seu statim post celebratum contractum, cùm temporis opportunitas, etiam ingrediatur Summam depositionis.

L. 39. vers. quid enim si in opportuno tempore. de solut.
Schulz. *dict. Tract. cap. 4. n. 22.*

Hierneben ist zum Fünff und zwantzigsten in acht zu nehmen / 51.
daß der Sand denen H. wie sichs zu Recht gebühret / niemals tradiret / sondern vielmehr von ihnen eigenen Gewalts eingenommen / denen A. præripiret / auch um deßwillen vom Renthmeister H. zu G. vermittelst eines den 16.ten Maji 1685. erlassenen Decrets / die Straff gegen sie vorbehalten / ingleichen sich dessen zu äussern / und die Sach mit jenen auszumachen ihnen auferleget worden / wie aus der sub n. 18. Actorum befindlichen Beylage sub n. 1. wie auch noch deutlicher und nachdrücklicher aus dessen eigenhändigen dazu gehörigen Decret zu ersehen.

sehen. Præterquam autem quod traditio in facto consistat, & eapropter non præsumatur, sed probanda sit;

Jason. *in L. servi electione. n. 8. de Legat. 1.*
Menoch. *Lib. 6. præs. 14. n. 1.*
Gœdd. *Cons. Marp. 33. n. 312. part. 3.*

apertè ea hoc ipso eliditur, cùm rem controversam de facto & illicite occupatam fuisse præcepto pœnali & inhibitorio à Magistratu emisso evincitur, cum pro Judice ejusque præcepto jura semper præsumant,

cap. 6. X. de Renunciat.
L. 2. ibi: quod non arbitramur. C. de Offic. Civ. Judic.

eò quòd Judex calumniari haud censeatur,

L. 3. §. 1. quod met. caus.

& calamus Judicis reputetur calamus Legis.

Richter. *de Interpret. Contract. assert. 2.*

Imò hoc ipso traditio justa haudquaquam probatur, quo contrarium probari impossibile est.

Schurff. *Consil. 19. n. 2. cent. 2.*

52. Und obgleich zum Sechs und zwantzigsten der H. Anwaldt / in der sub n. 45. anliegenden Probation- und Eventual-Submission-Schrifft folio 1. pro Dominii & Possessionis traditione probandâ drey Zeugen / als Johann Richard / S. Hoffmann zu L. Jonas den Burgermeister zu A. und Notarium F. nahmhafft gemacht / so hatte doch der erste allerdings das Widerspiel verkundschafftet / indem er beym artic. probat. 11. n. 6. Actor. ausdrücklich vermeldet / es hätte die Gemeinde zu H. den Sand eigenen Gewalts eingenommen / wie er dafür hielte; der zweyte aber zwar gesagt / sie wären in die gemeine Weyde geritten / auf was Art und Weise aber solches geschehen / nicht zugleich berichtet / dannenhero solches anderster nicht / als auf einige eigenmächtige Occupation zu drucken / wie solches von Renthmeister H. nach Anleitung num. præc. befunden worden. Den Notarium F. aber zu G. anrei-

anreichend / so hat derselbe allein deponiret / es seye die Kauff-Notul an Seiten des ältern Bruders von S. denen Käuffern behändiget worden / als sie zu G. in Caspar Volckers Haus miteinander gehandelt. Wiewohl nun dem Ansehen nach hieraus symbolica Traditio zu erzwingen scheinet / so will doch bey gegenwärtigem Fall dieselbe nicht den geringsten Verfang thun / angemercket ersagte Kauff-Notul nicht in ipso fundo controverso, ejusque conspectu, sondern vielmehr in loco contractus celebrati, nempe Giessæ, denen Käuffern zu Handen gestellet worden; Quo casu traditio Instrumenti ad possessionis translationem haudquaquam sufficit.

L. 48. de acquir. vel amitt. poss.
L. 2. C. eod.

Accedit, quòd tùm demum Dd. ejusmodi traditionem, effectum producere tradant, quando non scriptura super contractu venditionis noviter confecta, verum potius antiqua, seu ejus contractus, per quem ipse venditor rem venditam ab authore suo acquisiverat, emptori tradita fuit, ut singulare hoc pro declarando Rescripto

L. 1. C. de Donat.

cum citatis accuratè consignavit

Hartmann. Pistor. *Observ. 31. per totum.*

cumque imitatus est

Carpzov. *J. F. p. 2. const. 33. def. 15.*

Anjetzo zum Sieben und zwantzigsten nicht zu widerhohlen / daß 53. der ältere Bruder von S. so wenig für sich als seinen zweyten Bruder zu verkauffen berechtiget gewesen / er auch die errichtete Kauff-Notul wieder zu sich genommen / der Spanheimer und Consorten von solchem ohnedem nichtigen Kauff wiederum abgangen / und daß die Kauff-Notul gar zerrissen worden / geschehen lassen / mithin denen H. einig Jus so wenig ex cessione jemals anwachsen können / als wenig einige Cession in der That vorgangen / sie auch selbsten mit beyden Gebrüdern

brüdern von S. niemals einigen Kauff-Contract getroffen haben/ frustra autem de traditione sive verâ sive symbolicâ quæritur, ubi libera rei venditæ administratio, & causa ad Dominium transferendum habilis deficit, nullo scilicet contractu interposito, nullove jure ex cessione quæsito, ubi itidem symbolum jam tum per se inane alterius partis permissione vitiatum & dilaceratum, & ita in universum nil prorsus, vel tamen nulliter actum esse apparet, cum in omni actu habilitas agentis requiratur,

arg. *L. 1. §. 9. de A. C. A. P.*

causa justa eaque permanens efflagitetur;

L. 31. pr. de A. R. D.

§. 40. in fin. Inst. eod.

& si res vel ex parte aliena, vel paterno usufructui subjecta, mandatum simul intervenire debeat;

§. 42. Inst. dict. Tit.

Licet enim rem alienam vendi posse nulla sit dubitatio,

L. 28. de contrah. empt.

facilè tamen eam emptori auferri posse, in confesso est;

Mantic. *de tac. & ambig. Convent. lib. 5. tit. 4. n. 19.*

protinus verò venditio pro nulla reputatur, quando in eam deducitur res, cujus dominium quis sperat ex successione, idque ob spem improbam, præprimis si patri in ea competit ususfructus.

Cagnolus ad *L. ult. C. de Pact. n. 104.*

54. Wann auch gleich zum Acht und zwantzigsten dieses alles nicht wäre/ so ist doch der Sand zu der Zeit/ wie mit dem Spanheimer und Consorten zu G. gehandelt worden/ nicht in Handen des Verkauffers/ sondern der Müllerischen Erben/ als welche solchen für 160. Reichs-Thaler Capital gantzer 30. Jahr antichreticè besessen und genossen/ gewesen/ und hat derowegen jenen ohnmöglich gelieffert und eingehändiget werden können/ wird auch die von ihnen beschehene und bereits

bereits sub n. 25. angezogene eigenmächtige Occupation hierdurch unhintertreiblich bestärcket / daß aber ermeldte Erben den Sand nicht nur in Versatz / sondern auch würcklichen langwürigen Besitz gehabt / verkundschafften acht unterschiedliche Zeugen / als Andreas Heinrich von H. ad artic. reprob. 14. & 15. sub n. 7. Actorum. Johann Conrad Müller auf der Herren-Mühl bey S. und Johann Balthasar Müller auf der Stein-Mühl bey A. ad eosdem articulos sub n. 9. Actorum. Ferner Jacob Weigel von H. Conrad Peter von L. Wilhelm Rinn / und Johann Adam Gorr von H. und dann letzlich Gottfried Christmann von A. alle ad Interr. prælim. 7. & 8. sub n. 37. Actorum. Quemadmodum autem antichretici Creditores verè & naturaliter possident, ceu ostendit Marcianus in

L. 11. §. 1. de Pignor.

L. 33. de Pignor. Act.

& Macer. in

L. 15. §. 2. qui satisd. cog.

Ita etiam impossibile fuit, fundum controversum, primis emptoribus tradi potuisse, cùm hâc ratione possessio ab alterius verâ possessione non fuerit vacua.

L. 2. §. 1. de act. empt.

L. 8. C. eod.

Frantzk. *ad hunc Tit. n. 82.*

Lauterb. *ibid. §. 1. n. 7.*

Unde si res alicui vendatur, quæ tempore venditionis non erat vacua, deinceps autem alteri vendatur, & in instanti vacua effecta, huic tradatur, dubio procul hic in detinendo Dominio erit potior, & priori præferendus, cùm dominium solâ vi contractus non transferatur, sed accedente demum traditione.

L. 15. C. de R. V.

Martin. *Comm. ad hanc L. vers. Eum cui priori traditum est.*

55. Ja es ist zum Neun und zwantzigsten an deme / daß die A. nicht einmal dieses beneficium *L. 15.* zu ergreiffen nöthig haben / sondern sich als alleinige rechtmäßige und vollkomene Emptores ihres instrumentirten und durchaus in seine Würcklichkeit gesetzten Kauffs halten können / ihnen auch der wider alle Recht und Billigkeit præripirte Sand cum pertinentiis & accessionibus eingeraumet werden müsse / und dieses dahero / weil der erste Kauff so wenig justo titulo propter defectum mandati paterni & fraterni begleitet / als wenig accedente traditione zu einiger Vollkommenheit geführet werden können / constat autem dicto rescripto *d. L. 15.* locum non esse, quando venditio prior non fuit valida, nulloque jure subsistere & salvari potest,

d. l. 15. ibi : jure distrahitur.

Martin. *cit. loc. vers. jure additur hoc verbum.*

nec non cum traditio re utpote haud vacua neutiquam fieri potuit.

cit. L. 15. ibi : cui priori traditum est.

L. 31. de act. empt.

L. 8. C. eod.

56. Wie wenig dann auch Dreyßigstens denen A. / sie hätten von deme mit denen H. vorher getroffenen Kauff genugsame Wissenschafft gehabt / bey so gestalten Dingen zu obmoviren stehe / wird ohne eine einige Difficultät gezeiget werden können ; Dann anitzo nicht zu gedencken / daß einige von denen Interpp. in den Gedancken stehen / quod licet venditor in dolo sit, & emptor rem jam tum alteri fuisse venditam sciverit, tamen venditio pro validâ habeatur, quia sufficit venditorem ad factum quippe traditionis obligatum præstando interesse liberari, quo præstito non possit secundus emptor actione revocatoria conveniri, ceu pro hac opinione certant

Gomez. *tom. 2. var. resolut. cap. 2. n. 20. vers. secundò principaliter limita.*

Tulden. *in Codic. ad Tit. de R. V. n. 5. in fin.*

Von

Von welchem aber communis opinio etiam in Camerâ Imperiali recepta, abgehet / wie ex Meichsnero referiret

Brunnemann. *ad dict. l. 15.*

und zwar an einem Theil / weil leicht zu finden / quòd emptori primo per præstationem ejus, quod interest, non plenè consulatur, am andern Theil aber / weil bekandten Rechtens / venditorem præcisè ad tradendum teneri, quando rei tradendæ facultatem habet, wie endlich hierauf zielet

Gomez. *dict. loc. in fin.*

eique etiam applaudit

Martinus *ad dict. L. 15. in fin.*

So findet sich doch nicht in facto, daß ein einiger von denen Zeugen apodictice & positivè deponiret / es hätten die A. davon Wissenschafft gehabt / massen Jonas der Burgermeister zu A. ad artic. prob. 17. sub n. 6. Actorum, nur allein dafür halten wollen / als hätten sie solches gewust / explorati autem juris est, testem super credulitate deponentem haudquaquam probare, 57.

Farinac. *de Test. quæst. 68. n. 62. & quæst. 69. n. 2.*

adeò ut ne quidem is testis probet, qui firmiter sive pro se credere asseverat,

Farinac. *dict. q. 68. n. 66.*

ècontra verò scientiam allegans eam probare est obstrictus.

Menoch. *de præsumpt. lib. 5. præs. 23. n. 52.*
Vultej. *Cons. Marp. 30. n. 238. vol. 2.*

Um so mehr / da auch die übrigen Zeugen / so hiervon gefragt worden / nichts davon wissen wollen / wie ex Attestatis Johann Richards S. Hoffmanns zu L. Heinrich Volcks von A. und Andreas Heinrichs von H. ad artic. 17. probat. sub n. 6. & 7. Actorum, ferner Studios. D. und Studios. S. ad Interr. præl. 3. sub n. 8. Actorum, und dann letzlich sonderlich Johann Conrad Müllers auf der Herren-Mühl beym S.

und Johann Balthasar Müllers auf der Stein-Mühl bey A. ad dict. præl. 3. sub n. 9. Actor. klar erhellet / zumal da es scheinet / daß die zwey letztere / gleichwie Sie die vorhergehende præliminaria primum & secundum, also auch das dritte gäntzlich negiret haben / magis autem convenit, quod majori probabilitate plures deposuerunt, quam quod unus ex merâ & fallibili credulitate hausit, nullâve ratione firmavit,

cap. 9. vers. ex præmissis igitur. X. de Testib.

18. Gesetzt aber / es hätten die A. davon einige Wissenschafft gehabt / schiene auch solches dahero zu schliessen / weil sie denen von S. ein mehrers gegeben / wie solchen Zusatz beyfügt Studiosus S. ad dict. præl. 3. und denn Rechtens / quòd testimonium etiam super credulitate admittatur in iis, quæ sunt difficilis probationis,

Farinac. *dict. q. 68. n. 84.*

cujusmodi scientiam esse constat, eò quod in animo consistat,

Cravett. *Consil. 193. n. 7.*

Bartol. *in L. qui Romæ. §. duo fratres. quæst. 3. de V. O.*

so mag doch ihnen hierdurch zumal nichts verfängliches zuwachsen / in reifflicher Erwegung / quod illi demum in dolo esse dicantur, qui scientiam validæ & subsistentis emptionis habuerunt.

d. L. 15. ibi : jure distrahitur. C. de R. V.

Martin. *in Comm. ibid.*

Nun haben aber die A. zur Gnüge gewust / daß der zweyte Bruder sothanen Kauff des Spanheimers und Consorten gar nicht beliebet / sondern starck bestritten / ingleichen auch bey ihren Kauff / so sie mit beyden Gebrüdern von S. getroffen / in Erfahrung bracht / daß der Sand von deren Mutter herrühre / und der Vatter in jenen nicht gewilliget habe / wie nicht weniger / daß Spanheimer und Consorten ihre Kauff-Notul zerreissen lassen / und dadurch vom Kauff wiederum abgegangen ; Dannenhero es allhier recht heißet / paria sunt non scire, & id, quod nullum est sive irritum, scire.

arg. *L. 77. de contrah. empt.*

Woran

Woran desto weniger zu zweiffeln / da man in Rat. decid. 20. 21. & 22. klar bewähret / daß keine Cessio an Seiten Spanheimers und Consorten, ehe sie von dem Kauff abgesprungen / vorgangen / und dahero denen H. nicht der geringste Grund / worauf sie ihre Klage stellen können / zukomme / ubi autem fundamentum actionis deficit, totum quod superstructum corruit, 59.

can. 26. caus. 1. quæst. 1.

& jure tum proprio tum alieno, sive per cessionem quærendo cessante, nulla est causa, quæ doli insimulationi ansam dare possit, cùm hâc ratione nec animus circumveniendi, nec spes lucrandi deprehendatur,

arg. *L. 1. §. 2. de dol. mal.*
L. 15. C. de R. V.
L. 10. C. de rescind. vend.

quia potius primi emptores sibi imputare debent, quòd non melius sibi prospexerint, &ècontra à contractu inito recesserint, cessionarii verò putativi, quod cessionis potius figmento ac prætextu, quam veritate ac tibicine subnixi fuerint, cum decipi non reputentur, qui suâ culpâ damnum sentiant,

L. 203. de R. J.

quique oblatâ occasione proficua non utuntur, cum hanc circumspicere, prehendere & amplecti summum sit prudentiæ momentum,

Richter. *axiom. polit. 212.*
Eisenhard. *de Occasion. §. 19.*

ècontra vigilantia A. haudquaquam est culpabilis,

L. 24. in fin. quæ in fraud. credit.

præprimis cum cuilibet permissum sit lucra sectari, etiam cum alterius damno,

Tabor. Barbos. *locuplet. lib. 10. cap. 29. ax. 15.*

adeò ut nemo præsumatur id facere animo nocendi & doloso.

Klock. *Cons. 123. n. 118. & 190. ac seq. tom. 3.*

60. So thut auch zum Ein und Dreyßigsten keinen Verfang / als wann die Müllerische Erben / wovon n. 28. Meldung geschehen / allein possessionem fundi naturalem gehabt / Civilis aber bey denen von S. als veris Dominis geblieben seye / idque per

L. 3. §. 5. de acqu. vel amitt. possess.
L. 3. princ. uti possid.
L. 15. §. 4. de precar.

Massen hierbey solidè zu wissen / quod quidem possessio naturalis & civilis sint species inter se oppositæ, quatenus utraque propriè & signatè, & in sensu frequentiori accipitur, dum nempe hæc detentionem, quâ quis bonâ fide, animo & opinione Domini possidet, seu ex qua usucapio procedit, illa vero detentionem, qua quis animo sibi habendi, sed citra opinionem Domini possidet, significat

L. 7. §. 1. ad exhib.
L. 3. §. 21. de A. vel A. P.
L. 136. de R. J.
L. 13. §. 1. de publ. in rem act.
L. ult. §. 1. de precar.
Decker. *tract. de Possess. cred. in pig. Disp. 3. th. 109. & 110.*
Bachov. ad Treutler. *vol. 2. disp. 21. th. 1. lit. F.*
Struv. *Exercit. 42. th. 6. & 7.*

ast vero hæc oppositio respicit unicè formam specificam, eo respectu, ut impossibile sit, eum, qui naturaliter possidet, esse civilem possessorem, & vice versa, eum qui civiliter possidet, esse possessorem naturalem, cum oppositorum sit incompossibilitas essendi in eodem, ceu Metaphysici loquuntur. Aliter verò se res habet, si forma generica, puta ipsa detentio, sive actualis possessio, attendatur. Hæc enim, cum in naturali rei insistentia consistat, & verò contra naturam sit, ut cum ego aliquid teneam, tu quo-

quoque id tenere valeas, impoſſibile eſt, ut unius ejusdemque rei in ſolidum alius poſſeſſor civilis, alius verò naturalis eſſe poſſit, ceu rejectâ aliorum ſententiâ ſolidiſſimè firmat Paulus in

L. 3. §. 5. de acq. vel amitt. poſſ.

cui adſtipulatur Ulpianus, ſi quis, ait, eâ mente poſſeſſionem tradit, ut poſtea ei reſtituatur, deſinit poſſidere.

L. 17. §. 1. eod.

Dieſemnach da denen Mülleriſchen Erben der Beſitz des Sandes antichreticè zugeſtanden / deſſen Poſſeſſion von denen debitoribus allerdings und in toto ab- und auf ermeldte Creditores kommen / mehrers anerwogen / was abermal Paulus nachdrücklich einführet / indem er ſpricht: nullam rei oppignoratæ poſſeſſionem Domino rei ſeu debitori competere

in *L. 1. §. 15. dict. tit.*

Und hindert nicht / wann man ſagen wolte / quòd interdicta re- 61.
cuperandæ poſſeſſionis, dentur poſſeſſori civili contra eum, qui naturaliter poſſidet,

L. 1. §. 23. de vi & vi arm.

cumprimis cum omnia interdicta ſint in rem concepta.

L. 1. §. 3. de Interdict.

Immaſſen hierauf zu wiſſen / quod Interdictum recuperandæ poſſeſſionis, haudquaquam dicendum ſit reale, verum perſonale, eò quòd cauſa & fundamentum ejus non ſit poſſeſſio etiamnum durans, cum hanc interverſam eſſe conſtet, verum potius violenta dejectio, & ita delictum per text. expreſs.

in *L. 1. §. 1. & ult. de vi & vi arm.*

& ita quoque ſentiunt

Hahn. *ad tit. de Interdict. n. 3. verſ. actiones extraordinariæ.*
Struv. *Synt. J. Civ. Exerc. 45. th. 103.*
Eckolt. *ad dict. Tit. de Interdict. §. 12.*

Atque

Atque hinc est, quod non detur possessori, qui tempore intentati interdicti talis adhuc est, sed potius qui antea talis fuit, cùm nemo dejici censeatur, nisi qui tempore dejectionis possidebat.

dict. L. 1. §. 23. & 24. de vi & vi arm.

Unde ipsa textus analysis ostendit, Ulpianum non fundare hoc Interdictum in possessione præsenti, eâque civili, sed in præteritâ eâque penitus amissâ, & eapropter à violento dejectore ceu delinquente recuperanda.

cit. §. 23. ibi: nec alius dejici visus est.

Quando itaque Interdicta dicuntur in rem concepta esse, exaudiendum hoc tantum modò objectivè, seu quatenus versantur circa possessionem tanquam speciem juris in re à cæteris abstractam, haud verò causaliter seu efficienter, quia nonnulla etiam ex delicto, puta dejectionis descendunt, qui sensus est dictæ

L. 1. §. 3. de Interd.

Alia dubia utpote ad præsentem scopum haud facientia prorsus neglegimus, diluta interim legi possunt apud Struv. in

Evolut. ad Exerc. 42. th. 8.

62. Gleichwie nun bey allen diesen Concurrentien an Seiten der H. und deren angegebenen Cedenten nulla potestatis, voluntatis & legitimi modi vestigia zu bemercken / indem der ältere Bruder von S. weder vom Vatter noch vom zweyten Bruder bevollmächtiget gewesen / Spanheimer und Consorten dergestalt keinen zu Recht bestehenden Kauff eingegangen / auch nachgehends von dem jenigen / was einseitig und nullo Jure beschehen / wiederum abgesprungen / denen H. so gestalten Dingen nach nichts cediren können / was sie nicht selbsten gehabt / nebst dem in der That keine Cessio vorgegangen / überdiß der Sand lang vorhero in Handen der Müllerischen Erben gewesen / und dahero andern ohnmöglich tradiret werden können / vielmehr aber die H. solchen eigenen Gewalts / und zur Ungebühr eingenommen / auch auch denselben dergestalt biß diese Stunde annoch innhaben und besitzen;

Also

also findet sich auch zum Zwey und Dreyßigsten von selbsten / daß kein Retractus ex capite communionis allhier Platz ergreiffen könne / cùm illud, quod commune est quoad partis meæ dispositionem meum quoque intelligatur.

L. 5. §. 1. de Legat. 1.
L. 26. de S. P. V.
Consil. Argent. 77. n. 13.
Gail. *de Pignor. cap. 9. n. 2.*

Non autem potest dici meum, quod propter nullitatem contractus cum alio celebrati, non potest dici in meo dominio.

arg. *L. 8. princ. L. 9. pr. de contrah. empt.*
L. 5. C. de LL.
cap. 46. de R. J. in 6.to

cujusque persequendi jus non habeo,

arg. *L. 91. de V. S.*
princ. *Inst. de Act.*

imò quod illicitè & propriâ authoritate occupatum fuit,

L. ult. C. unde vi.

cumprimis cum etiam eum, qui errantem bovem abduxit, pro fure judicaverit Ulpianus in

L. 1. §. 1. de Abigeis.

So viel aber zum Drey und Dreyßigsten Jus vicinitatis, woraus 63.
auch die H. den Retract usurpiren wollen / anreicht / so gibt zwar D. F. deren Anwaldt / in seiner sub n. 45. anliegenden Probation-Schrifft sub finem an / es seye vor 2. Jahren in Præsenz der Fürstl. Räthe und beyderseits Partheyen ein Augenschein eingenommen / und dabey befunden worden / daß der Sand in und unter deren H. Gütern und Gräntz-Steinen gelegen / die A. aber hergegen von demselben durch die gemeine Land-Strasse separiret / mithin jenem Jus Retractus erschienen seye. Hingegen aber reponiret D. O. als der A. Sachwalter in seiner Refutation sub n. 46. es seye falsch / daß bey vorigen Augenschein sich

die angegebene vicinität befunden / vielmehr aber seyen die A. ebenmässig Anläger und zugleich erste Käuffer / dahero ihnen nothwendig duplex Jus angedeyhen müste. Indem nun bey denen Actis keine Relation, wie sich die Sache bey dem Augenschein befunden / zu bemercken / und also beyde Theile in contradictoriis versiren / so kan dißfalls nichts gewisses determiniret werden. Dieses aber ist Acten-mäßig / daß die Gemeinde zu A. den Sand allschon im Jahr 1685. den 15.ten Maji / wie auch schon im Eingang berühret / erkauffet / hingegen aber darinnen nicht zu finden / daß die Gemeinde zu H. denenselben den Kauff-Schilling der 700. Gulden jemals / zu geschweigen innerhalb Jahres Frist / wie billich geschehen müssen / realiter offeriret / und forters præmissis præmittendis zu einer solennen Obsignation und Deposition geschritten; dann da man schon sub n. 24. gezeiget / daß auch denen von S. keine Real-Oblation geschehen / auch neben dem mit der Deposition einiger Gelder nicht verfahren worden / wie billich geschehen müssen / so findet sich viel weniger / daß denen A. jemahls einige Gelder würcklich offeriret / sie zu einiger Deposition citiret / und darmit secundum Jura gehandelt worden / bevorab da die H. selbsten sub d. n. 24. eingestanden / daß sie die illegale Deposition den 14.ten Julii 1685. vorgenommen / zu welcher Zeit aber die A. noch nicht mit in lite begriffen gewesen / wie aus dem Protocollo und deme den 7. Febr. 1688. ausgesprochenen Definitiv, worinnen der A. gar keine Meldung geschehen / zu ersehen / nisi autem integrum pretium fuerit oblatum, in effectum Jus Retractus deduci nequit,

Fritsch. *tract. de Jur. Congrui. cap. 8. n. 19.*

eaque oblatio non minus, ut in Retractu consanguinitatis intra anni spatium fieri debet, præcipuè cum vicinum habens prædium venditionem scivisse præsumatur.

Richter. *decis. 76. n. 150.*

Unde si quis annale spatium præterlabi passus fuerit, moram postea purgare nequit,

Tiraquell. *de retr. §. 1. gloss. 10. n. 90.*

cùm

cùm forma ad amussim haud observatâ totus actus vitietur.

Carpzov. *part. 2. const. 32. def. 5.*

Beschlüßlich und zum Vier und Dreyßigsten mag auch Jus convi- 64.
caneis competens germanicè die Marcklosung secundum

L. unic. C. non lic. habit. Metrocom. &c.

allhier nicht anschlagen / an einen Theil / weil die Zeugen von H. ad prælim. 12. & 13. sub. n. 37. Actorum fast unanimiter ausgesagt / es wären die Gräntzen an dem Sand zwischen Ihrer Hochfürstl. Durchlauchtigkeit zu D. und dem Haus N. streitig / gienge auch diese Stritigkeit die Gemeinde mit an / solchem zu Folge man nicht eigentlich wissen kan / in wessen Dominio der Sand gelegen / quando enim finium determinatio non satis constat, de situ loci ejusque incorporatione nil certi statui potest,

arg. *L. 11. fin. regund.*

Am andern Theil aber / weil in Hassiâ keine præjudicia vorhanden / daß jemals dergleichen Marcklosung in acht genommen / und darauf gesprochen worden / sæpissimè enim observantia locorum recedit à Jure communi, quæ proinde ex asse servanda, neque ab ea recedi debet.

L. *37. de LL.*

Carpzov. *p. 2. Resp. 53. n. 9. & Resp. 104. n. 6.*

Cùm leges ex aliâ causâ nos non teneant, quàm quatenus consensu populi sunt receptæ.

L. 32. dict. tit.

Dritten Theils / weil auch dergleichen Marcklosung innerhalb Jahres-Frist vorgenommen werden müssen / quando enim nullum tempus expresè statutum; annalis temporis cursus observatur, quo elapso omnis retrahendi via est præclusa, wie doctè & pertinenter schreibet

Besold. *Cons. 278. n. 80. part. 6.*

Da nun dergleichen gegen die A. in primâ instantiâ, so gleichwohl bis in das vierdte Jahr gewähret / gar nicht vorgenommen worden / so ist

nunmehr dazu / wann gleich selbige in Hessen gebräuchlich wäre / gar nicht mehr zu gelangen / ad tempus siquidem determinatum eo elapso censetur denegatum,

L. 13. §. 4. de Excus. tut.

cum quod terminus legis sit peremptorius,

cap. 1. de Except. in 6.to.

cum quod ejus lapsu statim alteri parti sit Jus quæsitum.

cap. 4. X. de offic. deleg.

Richter. *Cons. 215. n. 5.*

Vultej. *Cons. Marp. 29. n. 73. part. 3.*

Fritsch. *d. tract. cap. 10. n. 7.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Durch diese dergestalt bewährte Satz-Gründe erlangen ohnschwehr alle Eingangs angeführte Schein-Gründe ihre Abfertigung; Dann so viel den ersten betrifft / so hat zwar der ältere von S. mit dem Spanheimer und Consorten gehandelt / auch endlich einen Kauff getroffen / wie es aber damit beschaffen / und daß selbiger auf keine Weiß und Wege salviret werden könne / ist allbereit der Länge nach in Rat. decid. 6. & multis seqq. nicht nur vorgestellt und bewähret / sondern auch hin und wieder / und besonders in principio Rat. Decid. 32. summatim widerhohlet worden / und dahero weiter einzuführen unnöthig / was aber de instrumentali traditione zu halten / und daß diese auch allhier nicht statt finde / ist zu lesen in Rat. Decid. 26.

Woraus dann auch die zweyte Einrede zerrinnet / in Betracht der von S. in dem Besitz des Sandes nicht / sondern die Müllerische Erben gewesen / und dahero Spanheimer und Consorten darinnen nicht gesetzet werden können / wie mehrers in Rat. Decid. 28. bewähret worden. Vielmehr ist es an deme / daß die Gemeinde zu H. den Sand eigenen Gewalts eingenommen / und deswegen Mandatum pœnale & inhibitorium gegen sie ergangen / sich dißfalls ad Rat. Decid. 25. beziehende.

Wann

Wann bey dem dritten Einwurff der ältere von S. einen be- 65.
ständigen Kauff errichten wollen / hatte er vorhero seines Vatters und Bruders schrifftliche Einwilligung / oder bald darauf deren Ratification, ehe beyde Gebrüdere zugleich auf vorhergehende des Vatters Einwilligung mit denen A. einen vollkommenen Kauff getroffen / einbringen müssen / so aber nicht geschehen / und mag dahero des ältern Bruders Contract auch nicht einmal ratione suæ partis dimidiæ gültig seyn und angesehen werden / wie man schon sich dißfalls ad Rat. Decid. 6. & seqq. bezogen / und kan deswegen auch pars pro diviso verkauffet werden / si potestas vendendi adest, & à venditione semel factâ per subsequentem contractum cum alio initum, & traditionem statim interpositam non recedatur.

arg. *L. 15. C. de R. V.*

Daß auf das vierdte Moment zu antworten dem Spanheimer und Consorten durch ermeldten Kauff kein Recht zuwachsen / noch auch der Sand tradiret werden können / ist alleweil zur Gnüge gezeiget worden.

Auf das fünffte Einstreuen ist abermal wenig zu reflectiren / weil 66.
derselbe in contractu validè inito, auch wobey der Venditor bleibet / und das verkauffte Gut nicht weiter inzwischen verkauffet und tradiret / statt findet; da aber in gegenwärtigen Fall der erste Contract ungültig / auch beyde Gebrüdere unterdessen den Sand denen A. überlassen und geliefert / so ist dadurch denen ersten Emptoribus den Venditorem zu Beobachtung des Kauffs anzustrengen allerdings benommen / per

d. L. 15. C. de R. V.

Daß aber wenig anreiche / quod primis emptoribus fides de pretio fuerit habita, zeiget das jenige / was beydes in Rat. Decid. 11. & 19. berühret worden.

Dem ältern Brudern von S. ist hiebey nichts widriges zu imputiren / weil vorangeregter massen der Spanheimer und Consorten von deme ohnedas ungültigen Kauff wiederum abgangen / und geschehen lassen / daß die Kauff-Notul zerrissen worden / wie in Rat. Decid. 15. 16. 17. zu ersehen. Womit dann auch der sechste und siebende

Gegensatz unterbrochen wird. Einem Bruder ist zwar erlaubet / den andern in Judicio zu vertretten / mit nichten aber dessen Antheil an denen mit ihme gemein-habenden Gütern zu veralieniren;

arg. *L. 1. C. comm. divid.*

67. Und redet der angeführte Mantica non de proprietatis alienatione, sed nudâ ad usum concessione, so auf den achten Einwurff zu bemercken.

Ob zwar der angezogene Zeuge Richard beym 15. Articul angegeben / daß 6. Achtel Gersten über das erste Ziel veraccordiret seyen / so dienet doch auf den neunten und zehenden Einwurff / daß er zugleich daselbst berichtet / es seyen dieselbe so wenig / als das erste Ziel abgetragen worden. Wie dann auch nicht der geringste Abtrag am gantzen Kauff-Schilling geschehen / allermassen solches / auch was dieses nach sich ziehe / weitläufftig ad Rat. Decid. 12. 13. & 14. ausgetrucket worden. So viel aber die aus solchem Accord entspringende Ratification, so der zweyte Bruder mit dem ältesten gethan haben soll / anreicht / so ist dieselbe durch das von Hochfürstl. Regierung zu G. ihme übertragene / und per Mandatarium abgelegte Eyd dergestalt entkräfftet / daß davon im geringsten keine fernere Meldung zu thun;

68. Damit auch der eilffte Gegensatz zerrinnet / um so mehr / da auch Studiosus S. gleichwohl mit gantz klaren Worten ad Artic. reprob. 2. sub n. 8. Actorum ausgesagt; Es seye der Bruder mit dem Kauff nicht zufrieden gewesen / sondern gesagt / wir können ja mehr davor haben / und da ausfündigen Rechtens / quod præstito juramento necessario non nisi instrumenta noviter reperta admittantur,

L. 31. de Jurejur.

dergleichen aber allhier nicht vorkommen / der zweyte Bruder auch hierüber verstorben / so muß es um so mehr sein Verbleibens dabey haben. Belangend aber die vorgekehrte Præsumption, so hat es darmit diese Bewandtnus / quod vehemens præsumptio juramenti præstationem impediat, wovon die angeführte Interpp. reden / præstiti verò vim & efficaciam haudquaquam labefactet, quia, ut modò dictum, sola Instrumenta demum post præstitum juramentum admittuntur.

Daß

Daß/soviel das zwölffte Argument betrifft/ Spanheimer und Consorten so wenig vor beschehener Renunciation ihres Kauffs denen H. ihr Recht in der That cediret / als wenig dieselbe solches zu cediren befugt gewesen / ist allschon gründlich in Rat. Decid. 18. 19. 20. 21. & 22. ex Atestatis bewähret worden. Da auch denen H. der Sand niemahls tradiret auch weil selbiger denen Möllerischen Erben lang vorhero antichreticè eingethan gewesen / ohnmüglich tradiret werden können / so wird vergeblich von deren Vorzug ex *L. 15. C. de R. V.* geredet / hingegen aber bleibet der von denen A. mit beyden Brüdern cum ratificatione Patris geschlossene Kauff und darauf ihnen so bald von gedachten Müllerischen Erben / gegen Erlegung ihres Capitals / gethane Abtrettung der Possession auf unbeweglichen Fuß stehen / und muß damit auch der Dreyzehende Gegensatz auf seinen Unwerth beruhen.

Nichts will auch verfangen / was de diversitate possessionis naturalis & civilis beym vierzehenden / und de scientia A. beym funffzehenden Einwurff vorkommen / massen jenes in Rat. Decid. 31. dieses aber in Rat. Dec. 30. seine Abfertigung erlanget.

Ein offenbahres cum notorietate Actorum allerdings streitendes Angeben ist / so in Rat. Dub. 16. sich hervor thut / massen da der bey denen Hoff-Gerichts-Acten liegende Kauff-Brieff sub n. 14. zeiget/ daß die Gemeinde A. den Sand im Jahr 1685. den 15.ten Maji erkauffet / hingegen aber aus denen zu G. verhandelten Extra-Judicial-Acten sich ergiebet / daß Spanheimer und Consorten ihre erste Klagen / den Tag hernach als den 16.ten Maji ejusdem anni contra die beyde Gebrüdere von S. bey Hochfürstl. Regierung zu G. angebracht haben / so leget evidentia rei dar / daß die A. ante litem motam keineswegs aber eâ jam motâ & institutâ sich mit ermeldten Gebrüdern von S. in den Kauff eingelassen haben.

Indem auch in Rat. Decid. 32. recapitulando angezeigt / sonsten aber in Rat. Dec. 6. & multis seqq. bewähret worden / daß auch der vom ältern Bruder von S. mit Spanheimer und Consorten getroffene Kauff ne quidem quoad partem ipsius dimidiam bestehen könne / dieselbe auch davon wiederum abgesprungen / denen H. aber zumal keine Cessio gesche-

geschehen seye/ so können auch diese zum Sand ex Retractu Communionis, wie ingleichen / daß propter individuitatem ipsius ihnen totum prædium zuwachsen müste/ dessen Helfft aber wenig Nutzen brächte/sich keinen Acceſs machen/mithin die sub n. 17. & 18. erregte dubia das Werck gar nicht haben; wie dann nicht weniger in Rat. Decid. 33. & 34. mit Bestand zu Tag gelegt worden / aus was Ursachen mit dem Retractu vicinitatis & jure Metrocomiæ seu Retractu territoriali eben wenig fortzukommen seye / wodurch dann auch die sub n. 19. & 20. erregte Zweiffel-Gründe ihre abhelffliche Maas erreichen. Wäre demnach in dieser Sache folgender massen zu sprechen.

Urthel.

IN Special-Commissions-Sachen der Gemeinde zu H. Ambts G. Impetranten an einem / entgegen und wider die Gemeine zu A. im H. Impetraten am andern Theil / den also genannten dicken Schlaunischen Sand betreffend / wird auf die beydes in primâ & secundâ instantiâ, dann auch letzlich bey dem Hochfürstl. Heß. Sambt Hoff-Gericht zu M. verhandelte Acta hiermit zu Recht erkandt; Daß es bey deme in utrâque Instantiâ ergangenen Definitiven ein vor allemal zu lassen / und die Impetranten ernstlich anzuweisen seyen / ersagten Schlaunis. Sand denen Impetraten cum fructibus perceptis abzutretten.

Allermaßen dann Wir zu bemeldtem Hochfürstl. Heß. Sambt Hof-Gericht Verordnete Hof-Richter und Urtheiler es bey gedachten Definitiven ein vor allemahl lassen / und die Impetranten zu fordersamer Abtrettung deß Schlaunischen Sandes / cum fructibus perceptis anweisen / die beyderseits angewandte Gerichts-Kosten aber aus hierzu bewegenden Ursachen / compensiren und vergleichen von Rechtswegen.

Und daß dieses unsere rechtliche Meynung seye / haben wir zu dessen wahren Urkund unser Sambt Hof-Gerichts Insiegel darunter drucken lassen; So geschehen Marburg den 20. December. im Jahr 1702.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM II.

IN PUNCTO VENDITORUM ET CESSORUM BONORUM.

Von verkaufften und angewiesenen Güttern.

SUMMARIA.

1. *Ut ex Jure alterius agere liceat, Titulus cessionis exactè doceri debet.*
2. *Exceptiones, quæ cedenti obstant, etiam Cessionario objici possunt.* vid. tamen n. 15.
3. *Exceptiones ceu præsidia defensionum citra gravissimum præjudicium rejici haud possunt.*
4. *Conveniendi judicio facultatem non habet, qui ob defectum Mandati nullam actionem intendere potest.*
5. *Litis temeritas est causa condemnationis in Expensas, eaque cessante hæc quoq; fieri nequit.*
6. *Qui Administratoris partes recipit constituentem pro Domino agnoscit, eiq; ad rationes reddendas obstringitur.*
7. *Instrumenti verba quando sunt clara perfectam obligationem constituunt.*
8. *Mandatum ante acceptationem imperfectum reputatur hâc autem factâ mutuus consensus inde enascitur.*
9. *Possessionem Dominus haud aliter transferre censetur, quam si animo & corpore simul illam dimisit, quod probari debet.*
10. *Verba subsequentia declarant antecedentia, quando sunt in eâdem dispositione.*
11. *Mandatum quocunq; tempore & re non amplius integrâ revocari potest.*
12. *Ex negotio cum alio inito actio & quidem utilis tertio quæritur, quando actus quidam naturalis veluti traditio intercessit.*
13. *Nudus Mandatarius non potest*

test Mandanti vel illi qui causam ab eo habet restitutionem eorum, quæ ad ipsum pervenerunt, denegare.

14. *Victus victori in expensas toties condemnandus, quoties ad sufflaminandum Processum exceptiones frivolæ opponuntur, idq; tum in primâ tum secundâ Instantiâ obtinet.*

15. *Cessio titulo munita esse debet, & Cessionario exceptiones contra cedentem competentes opponi possunt, quando Creditor nomen sui debitoris vel alia jura alteri cedit, & quando diversum obtineat?*

16. *Exceptiones frivolæ judicantur, quæ contra instrumenta clara opponuntur.*

17. *Voluntas ejus servari debet, qui rei suæ limites præscribit, & eam ad alium transferri voluit.*

RESPONSUM.

DAs mir Ends-bemeldten die in Sachen Herrn Johann Dieterich von V. contra Herrn Johann Albert von C. beydes in primâ & secundâ Instantiâ verhandelte Acta zugefertiget/ und mein Rechtliches Bedencken darüber erfordert worden / so hab ich selbige mit behöriger Sorgsamkeit verlesen / wohl erwogen / und spreche darauf für Recht / daß die an Seiten Johann Albert von C. als Appellanten vorgeschirmte gravamina von keiner Erheblichkeit / sondern deren ohngeachtet der in primâ Instantiâ ausgesprochene Bescheid zu confirmiren / mithin der angemaste Appellant in die Unkosten beyder Instanz zu condemniren seye.

RATIONES DUBITANDI.

1. WElchem Ausspruch dem Ansehen nach nicht wenig entgegen zu stehen scheinet. Daß / obwohl 1.) der von V. zum Grund seiner Klage den jenigen Assignations-Schein / Krafft dessen der von C. den 18.ten Novembr. 1695. bedeutet worden / die verkaufften Kotten jenem als Käuffern zu extradiren / geleget / dannoch er keinen be-

sondern

sondern Kauff-Brieff / so ihme darüber ertheilet worden / vorzeigen / noch sich dergestalt hierzu legitimiren können / ad hoc enim, ut ex jure alterius agere liceat, præcisè requiritur, ut titulus cessionis exactè doceatur, & hoc ipso Jus Cedentis sufficienter comprobetur,

Mevius *part. 8. decis. 81. n. 2. & seqq.*

reputatur siquidem fundamentum intentionis, & pertinet ad legitimationem personæ, sine qua judicium subsistere nequit;

Alphons. de Olea *tr. de Ceß. act. tit. 6. quæst. 9. n. 1. & seqq.*

Mehrers anerwogen / daß 2.) dem von C. hieran viel gelegen gewesen / damit er seine dargegen habende und in Actis berührte Exceptiones vorbringen können / cum explorati Juris sit, exceptiones, quæ Cedenti obstant, etiam Cessionario objici posse; 2.

Franzk. *lib. 1. resol. 13. n. 16.*

eò quod hic in illius locum & jus quodammodo succedat;

Sande *de Act. Ceß. cap. 13. n. 2.*

& Cedens in Cessionarium plus juris transferre non possit, quam ipse habet;

L. 54. de R. J.

L. 60. de A. R. D.

Dannenhero da 3.) solche keineswegs attendiret / sondern er darmit allerdings enthöret worden / die seiner Seits ergriffene Appellation um so mehr justificiret / und ihme hierunter Beschwerde zu führen starcker Anlaß gegeben wird / cùm enim Exceptiones sint præsidia defensionum, sane citra gravissimum præjudicium rejici & prætermitti haud possunt, 3.

L. 1. de Except.

vel ipso jure naturali talem ademptionem seu rejectionem oppidò improbante & aversante.

L. 3. de J. & J. ubi Dd.

Worzu 4.) kombt / daß zwar die Restitution der Kotten dem von B. 4.

accordiret / mit nichten aber zugleich Vollmacht gegeben worden / solche auf den Verweigerungs-Fall gerichtlich einzuklagen und beyzutreiben / conveniendi autem judicio facultatem non habuit, qui ob defectum mandati nullam actionem intendere potuit, ceu appositè tradit Julianus in

L. si pupilli. 6. §. ult. de negot. gest.

5. Bey welchen Umständen / der von C. 5.) und letztens nicht einmal in die Unkosten letzter Instanz condemniret werden sollen / cùm enim litis temeritas sit causa obligationis ad refundendas expensas inductiva;

L. eum, qui temerè. 79. de Judic.

Sanè eâ cessante condemnatio quoque in expensas fieri non potuit, cùm cessante causâ effectum cessare sit necesse.

cap. cessante. 60. X. de Appell.
Card. Tusch. *tom. 1. lit. C. concl. 202. princip.*

RATIONES DECIDENDI.

6. Dessen allen aber ohngeachtet bleibet ersagter Recht-Spruch auf einem unbeweglichen Fuß stehen / und mag durch vorgesetzte Zweifel-Gründe keineswegs unterbrochen werden; Allermassen für das Erste die sub n. 12. Actorum anliegende Vollmacht klar im Munde führet / daß dem von C. von Vorstehern und Diaconis der Evangelisch-Lutherischen Gemeinde zu E. weiter nichts als die bloße Administration und Verwaltung derer zu M. gelegener / und ersagter Gemeinde zuständiger Kotten übertragen worden / constat autem eum, qui administratoris partes recipit, constituentem pro Domino agnoscere, ejus nomine possidere;

L. 1. §. 20. l. 9. l. 18. princ. de A. vel A. P.

eique ad rationes reddendas, h. e. exhibenda actus gesti Instrumenta & solvenda reliqua

L. 81.

L. 82. in fin. de condit. & demonstr.

obstrictum esse;

§. 3. Inst. de Attil. tut.

L. rationes. 14. C. de adm. tut.

L. actus sui. 19. ff. eod.

in tantum, ut tametsi redditio rationum sit remissa, injusta saltem inquietatio & vexatio, non verò justa & legitima responsio ac dilucidatio remissa censeatur;

Bald. *in L. 1. C. de his quæ pœn. nom.*

Covarr. *lib. 1. var. Resol. cap. 14. n. 1.*

Gomez. *lib. 1. var. Resol. c. 2. n. 82.*

Einfolglich 2.) der von C. bey so klaren und deutlichen Worten 7.
der Vollmacht sich aus dem gutwillig angenommenen charactere eines Administratoris keinesweges setzen / noch des jenigen / was selbige nach sich ziehet / anmaßlich entbrechen können / Instrumenti enim verba, quando sunt clara, formam negotii ostendunt, perfectamque obligationem constituunt;

L. Non figura. 38. de O. & A.

Ita ut aliud haud censeatur actum, quàm quod scriptura expressum,

L. ult. ubi Dd. C. de fals. caus. adj.

nihilque claro & perspicuo ejus tenori addi & detrahi debeat;

Wesenb. *cons. 2. n. 25. part. 1.*

Præprimis cùm Instrumenta sint stricti juris, & ad alia, quàm quæ oculis leguntur, minimè extendantur.

Gœdd. *Cons. Marp. 26. n. 10. vol. 1.*

Richter. *Cons. 291. n. 7. vol. 2.*

Zumal da er 3.) dieselbe von denen Vorstehern angenommen / sich 8.
zu deren Vesthaltung verbindlich gemacht / solche seithero bey sich behalten / und endlich auf angelegten Obrigkeitlichen Befehl gerichtlich produciret / mandatum equidem ante acceptationem imperfe-

ctum reputatur;

cap. licet. 7. de procur. in 6to.

Hâc tamen factâ mutuus consensus & firma obligatio inde enascitur,

L. 1. §. 1. mand.

tametsi declaratio expressis verbis secuta haud fuerit, cum sufficiat, non contradixisse;

Clem. *1. de procur.*

Cravetta *Cons. 106. n. 3. v. facit &c.*

adeò ut si apud aliquem Instrumentum mandati reperiatur, ab eoque producatur, illud acceptasse præsumatur;

Decian. *Resp. 39. n. 166. vol. 2.*

9. Ohngehindert / daß 4.) in sothaner Vollmacht ihme die Ergreiffung der Possession zugestanden worden / gestalt dieselbe nach Art und Eigenschafft einer übertragenen Administration abzumessen / und allein von einer zur Erhebung dienenden Detention, nicht aber von dem würcklich abgetrettenen Recht des Besitzes zu verstehen / cùm possessionum Dominus haud aliter transferre censeatur, quàm si animo & corpore simul illam dimiserit;

L. quemadmodum. 8. de acq. vel amitt. possess.

quòd non præsumitur, sed probari debet;

L. 2. de probat.

præcipuè, quia omnes, qui nostro nomine sunt in possessione, ut de administratoribus quoque dictum, nobis possessionem conservant, nosque per ipsos possidere censemur;

L. generaliter de acq. vel amitt. possess.

Neque inusitatum est in jure, ut abusivè, impropriè & materialiter possessores dicantur, qui duntaxat detinent & in possessione existunt;

L. 7. §. 11. comm. divid.

L. 38. §. 10. de Usur.

forma-

formaliter verò possessores negantur.

L. certè 6. §. 2. de precar.

Bevorab da 5.) diese Formalia in der Vollmacht zu befinden: Das 10.
jenige / was der von C. zum Besten und Vortheil unserer Gemeinde in puncto Administrationis verrichten wird. Quæ ipsa modificant possessionem eamque non proprio sed alieno sive Domini nomine, nec non juxta administrationis indolem ac naturam exercendam esse apertè commonstrant; verba enim subsequentia declarant antecedentia, ipsisque evidentissimum prostant intellectum, quando sunt in eâdem dispositione.

Ægid. Bellam. *cons. 39. n. 4. & 9.*

So gestalten Dingen nach 6.) dem von C. obgelegen / der nachge- 11.
hends erfolgten und sub num. 16. Actorum beschriebenen Revocation sothaner Vollmacht sich conform zu bezeigen / und nach Inhalt der darinnen enthaltenen Assignation dem von N. die Kotten zu extradiren / quantumvis enim pœnitentia in contractibus haud admittatur,

L. sicut. 5. C. de O. & A.

è censu tamen eorum excipitur etiam mandatum, quod sicut ob utilitatem mandantis plerumque constituitur, ita etiam quocunque tempore & re non amplius integrâ revocari potest;

§. rectè. 9. Inst. de mand.

L. 12. §. pen. eod.

Struv. *Exerc. 22. th. 17.*

Indeme aber 7.) solches nicht geschehen / so ist der von N. den von 12.
C. hierunter in Anspruch zu nehmen / und die angewiesene Kotten gerichtlich einzuklagen wohl befugt gewesen / ut enim taceamus, hodiè rigorem Juris Civilis de non querendâ alteri obligatione exolevisse, eò quòd magis simplicitatem Juris Gentium, mores intueri & sequi soleant, ceu cum Cothmanno tradit

Mevius *part. 4. decis. 112. n. ult.*

utique

utique ex negotio cum alio inito quæritur actio tertio, & quidem utilis, quando actus quidam naturalis intercessit, veluti traditio, rei enim restitutionem tertio faciendam, ei cum quo quis contraxit, imponere potest;

L. pen. C. ad exhib.
L. 26. princ. depos.
Mantica *de tac. & amb. Convent. lib. 14. tit. 28. n. 42.*
Mevius *dict. decis. 112. n. 3.*

cùm quilibet rei suæ legem dicere valeat;

L. 53. de A. R. D.

& æquitas in lege fundata cessionis vicem suppleat, dictamque actionem utilem largiatur, ut benè loquitur

Mevius *p. 8. decis. 439. n. 6.*

Neque obscurum hujus rei vestigium elucescit ex Responso Gaji in

L. 1. princ. de O. & A.

ubi præter ordinaria obligationum & actionum fundamenta etiam subsidiaria quædam refert, nimirum varias causarum figuras, quo emphatico loquendi modò intimare voluit, nasci non raró *obligationem* ex solâ æquitate, quæ in variis causarum seu negotiorum occurrentium figuris atque speciebus sese exerat, & actiones nativas producat, ut more suo eruditè

Tabor *partit. Elem. part. 3. sect. 3. th. 41. pag. 171.*

13. So daß 8.) dagegen dem von V. einen Kauff-Brieff über die erkauffte Kotten vorzuzeigen / und dem von C. zu seiner Nothdurfft zu communiciren mit Bestand Rechtens nicht zugemuthet werden können; Cùm enim ex præallegato mandato apertè liqueat, Dominum de C. nudum administratorem seu mandatarium esse, non potuit mandantibus, & multò minus Domino de V. qui causam ab iis habet, & cum quo ille non contraxit, restitutionem eorum, quæ ad ipsum pervenerunt, denegare;

L. 8. §. 9. L. 10. mand.

L. 22.

L. 22. §. 7. eod.

L. 1. §. 11. 12. & 13. depos.

neque etiam sub prætextu juris obscuri & longiorem indaginem requirentis à nexu juris liquidi se eximere, cum liquidum per illiquidum retardari non debeat;

L. ult. C. de compens.

L. si quis conductionis. 25. C. de locat.

& contra aperta Instrumenta, suâque acceptatione corroborata, nemini excipere permittatur;

Wesenb. *Cons. 31. n. 35. vol. 1.*

Accedit, quòd Domini de V. intentio apertè sit fundata, in Instrumento mandati revocatorio antea quoque commemorato, ex eoque mandantium voluntas apertè constet ac probetur; Ubi autem de tali constat, nihil utique habet mandatarius, quòd validè & constanter opponere possit;

arg. *§. 9. Inst. de mand.*

præcipuè cùm ejus nil intersit, an mandantibus tanquam venditoribus, an verò emptori restitutionem faciat, ceu ratione hâc convenienti in casu quadantenus simili utitur & firmat

Cravetta *Cons. 919. n. 16. v. secundò.*

Und gleichwie 9.) und schließlich der von C. gleichwohl gegen alle 14.
diese Rechte und Gründe seine Meynung durchzuschwingen gesucht/ den von V. ziemlich lang aufgehalten/ von der ersten Instanz zu der andern gezogen/ und dergestalt in grossen Unkosten geführet/ also ist auch billich/ daß Er selbige Ihme zu refundiren/ und dergestalt außer Schaden zu setzen angehalten werde/ tralatitii enim juris est, toties victum victori in expensas condemnandum esse, quoties ad sufflaminandum justitiæ cursum, & processum, exceptiones frivolæ opponuntur, & hoc ipso litigatoris demeritas evidenter deprehenditur;

L. 79. princ. de Judic.

L. 13. §. 6. C. eod.
L. 5. C. de fruct. & lit. expens.

Idque tum in causis primæ, tum secundæ Instantiæ præprimis, quando ex parte appellantis tale quid occurrit;

cap. ut delitiis. X. de Appell.
arg. *L. 6. §. 4. C. de Appell.*
Magenhorst. *ad Ord. Cam. p. 3. tit. 50. princ.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

15. Wie wenig aber bey so bewandten Dingen die im Eingang aufgeführte Zweiffel-Gründe einige Hinderung thun können / wird ohnschwehr aus den angeregten Satz-Gründen bemercket werden können / und zwar ergreiffet der Erste und Zweyte alsdann Platz / quando Creditor nomen sui debitoris, vel alia quadam jura alteri cedit, tunc enim cessio titulo munita esse debet, possuntque cessionario exceptiones contra cedentem competentes opponi.

vid. Alphons. de Olea *d. tract. tit. 6. q. 11. n. 1. & seqq.*

Ast verò hic de tali cessione non agitur, sed de casu quo mandantes mandatario imponunt, finito & revocato mandato bona administrata & Domino de V. vendita, tradere, quâ in re mandantium voluntas sufficit, ceu dictum Rat. Decid. 8.

16. Ebener Gestalt bekombt auch der dritte Einwurff seine Abfertigung / zumahl da die übertragene und nachgehends wiederum revocirte Vollmacht klare Maas und Ziel giebt / und dahero mit Bestand dagegen keine erhebliche Exceptio vorgeschirmet werden kan / cùm exceptiones frivolæ & calumniosæ judicentur, quæ contra Instrumenta clara & cumprimis propriâ voluntate & acceptatione roborata opponuntur, nulloque modo à Judice recipiantur,

Bald.

Bald. *in L. præscriptione. C. si contr. jus vel util. publ.*
Oldrad. *Cons. 53. in fin.*

eò magis quo contra mandantes & emptorem, nulla præsumptio malitiæ militat, eâque de causa satis est, si exceptiones ab Appellante oppositæ alii judicio reserventur;

Menoch. *367. n. 7.*

Dem vierdten Einstreuen entziehet alle Krafft theils aperta mandantium voluntas, theils auch die darauf gegründete Legis æqualitas. 17.
Dann indem bemeldte Vorsteher bey der beschehenen Revocation der Vollmacht die Kotten an den von V. extradiret haben wollen / die hierbey concurrirende Billichkeit auch einen Zutritt zu einer Actione utili verstattet / so ist zumal kein Abgang an einiger Vollmacht zu bemercken / voluntas enim agentis actum regulat & definit;

cap. cum super Abbate. 8. in fin. de Offic. deleg.
Bursatus *Cons. 162. n. 10. vol. 1.*

& nihil est æquius, quàm voluntatem servari ejus, qui rei suæ limites præscribit, & virtute dominii, quod habet, eam in alium transferri voluit;

§. 40. Inst. de A. R. D.

Was aber ex Juliano angeführt wird / hat allein sein Absehen auf einen negotiorum gestorem, jedoch mit dem Unterscheid / daß derselbe eine Klage zwar nicht in seinem / sondern des jenigen / welchem seine gestio zu gut kombt / erheben könne.

L. si quis. 24. §. pen. de usur.
Zœs. *ad tit. de neg. gest. n. 6.*

Bey dem fünfften und letzten Gegen-Satz hat man sich nicht auf- 18.
zuhalten / weil ex Rationibus Decidendi und sonderlich der neunten sich ergiebet / daß secundum veram Juris Analogiam der von C. sich derer bey dieser Rechtfertigung aufgegangenen Unkosten keines Weges entladen können. Halte ich demnach dafür / daß in dieser Sache folgender massen zu pronunciiren seye.

Bescheid.

IN Appellations-Sachen Herrn Johann Albert von C. Junioris, Appellanten an einem/entgegen und wider Herrn Johann Dieterich von B. Appellatum am andern Theil/ wird auf allen hinc inde einbrachte schrifftliche Handlungen hiemit zu Recht erkandt; Daß der Richter voriger Instanz wohl gesprochen / übel davon appelliret/ und der den 12.ten Jan. 1697. bey solcher Instanz eröfnete Bescheid zu confirmiren / nicht weniger auch der Appellant in die bey beyden Instantien angewandte Unkosten / jedoch prævia moderatione Judicis, zu condemniren seye. Allermassen dann von hiesigem Judicio Appellatorio auf eingehohlten Rath eines auswärtigen Rechts-Gelehrten der Bescheid voriger Instanz hiermit confirmiret / und der Appellant in die Unkosten auf bedeutete Maas condemniret wird. Wolte jedoch der Appellant das jenige / wozu er sich nach Innhalt der den 25.ten April 1698. übergebenen Positional-Articul berechtiget zu seyn erachten will / der Gebühr Rechtens ausfündig machen / so soll ihme solches behörigen Orts zu thun unbenommen / sondern vielmehr ausdrücklich hiermit vorbehalten seyn.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM III.

CIRCA PACTUM DE NON ALIENANDO PRÆDIUM INTER COHEREDES CONDITUM ET RESERVATUM RETRACTUM CONVENTIONALEM.

Von einer unter Mit-Erben durch Vergleich verbottener Veräusserung eines Guts und vorbehaltenem Näher-Recht

SUMMARIA.

1. *Fides humana inconcussum Pactorum vim expostulat.*
2. *Fideicommissum tàm in ultimis voluntatibus, quàm Pactis & Contractibus erigi potest.* vid. tamen n. 37.
3. *Bona Fideicommisso etiam Pactitio subjecta sunt inalienabilia.*
4. *Jus revocandi bona familiæ in extraneum alienata perpetuò competit successoribus.*
5. *Pactum de non alienando intuitu certarum personarum initum in perpetuum valet.*
6. *Paciscentium appellatio etiam ad heredes extenditur, licet eorum in contractu mentio facta non fuerit.*
7. *Quando certa saltem res per conventionem alienari prohibetur, prohibitio eò firmius subsistit.*
8. *Nec non Pactum temporis immemorialis decursu firmatum.*
9. *Quando prohibitio alienationis Pacto facta alienatio irritatur.*
10. *Instrumenta cumprimis quoad Contractum seu Pactum absq; virtute operandi esse non debent.*
11. *Retractu conventionali haud impeditur Dominii translatio, quando res extraneo tradita.*
12. *Prohibitio alienationis an fideicommissum inferat.*
13. *Soli Agnati haud verò Cognati nec affines & fœminæ Fideicommissorum familiæ sunt capaces, talia tamen de novo constituere possunt.*

14. *Licet fœminæ Fideicommissum familiæ constituerint, ipsis tamen successio haud patet, quamdiu masculi adsunt.*

15. *Surrogationes in contractibus factæ non fideicommissa, sed speciem Pactorum successoriorum repræsentant.*

16. *Fideicommissum cur potius excludendum quàm inducendum.*

17. *Si prohibitio alienationis cum reservatione hypothecæ est munita, effectus ejusdem impeditur.*

18. *Alienationi obest, quando expressè additum, ut translatio hæc impediri vel tamen subitò revocari debeat.*

19. *Ubi inhabilitas personarum vel rei exemptio deprehenditur, licentia distrahendi sufflaminatur.*

20. *Rescriptum* L. eâ Lege. C. de cond. ob caus. dat. *explanatur.*

21. *Pacta non rem sed personam afficiunt, hocq; ipso à prohibitione, quæ per ultimam voluntatem vel legem fit, differunt.*

22. *Bona à Testatore Fideicommisso subjecta præviâ legitimâ denunciatione alienari possunt.*

23. *Temporis longinquitas qualitatem fideicommissariam mutare nequit.*

24. *Multa fieri prohibentur, quæ, si facta fuerint, firmitatem obtinent.*

25. *Per consolidationem plena acquiritur proprietas & libera alienandi licentia exinde nascitur.*

26. *Heres unacum defuncto est persona, ac etiam per multas successiones primi defuncti heres existit.*

27. *Superveniens Dominii directi acquisitio promissorem à fide datâ non liberat, cumprimis quando promissionis ratio etiam post illam acquisitionem superest.*

28. *Pacta intelliguntur rebus sic stantibus.*

29. *Pactum de non alienando super facto negativo & prohibito conceptum tanquam odiosum reputatur.*

30. *Quod verbis non continetur pro omisso haberi debet.*

31. *Prohibitio personalis alienationis personas in Instrumento expressas non egreditur.*

32. *Temporis lapsus vim habet Pacti de non petendo.*

33. *Quilibet pretium rei suæ statuere*

tuere potest, nec vigilanti quicquam imputandum.

34. *Quod inter partes expreßè convenit inviolabiliter custodiendum.*

35. *Causa sustinendi damni etiam implicat causam percipiendi lucri, quæque ob certam causam facta actum singulariter dirigunt.*

36. *Proprietas emolumentis tametsi plenissimis præferenda, & quando plena effecta etiam onus dividendi lucri minuit.*

37. *Quando aliquid est prohibitum consensu eorum, in quorum favorem est prohibitum, hoc ipso efficitur licitum.*

38. *Pactum utrinq; obligatorium suâ naturâ transit in heredes etiamsi inibi haud commemoratos.*

39. *Prohibitio personalis non semper ex personis ad quas ea dirigitur, sed potius adjectione causæ colligitur, & inter aliquos facta etiam ad eorum descendentes extenditur.*

40. *Expressa provisio hominis facit cessare provisionem legis.*

SPECIES FACTI.

Titius und Caja beyde Eheleuthe verlassen nach sich einen Sohn und vier Töchter / und nebenst andern eigenthumlichen Güttern auch einen gewissen Hof / welchen sie von einem gewissen Geistlichen Stifft als ein Erb-Zinß-Gut gegen 80. Achtel Früchte jährlich davon abzutragen besessen; Uberbesserung nun dieses Hofs / schlagen obberührten Titii und Cajæ Sohn und Töchter unter sich als Geschwister / vermittelst eines den 8. Octobr. 1616. unter ihnen aufgerichteten Erbtheilungs-Recessus, um 4000. Gulden dergestalten an / daß der jenige / welchem solcher per sortem zu Theil fallen würde / einem jeden derer übrigen Geschwister 800. Gulden vor seinen Fünfftel-Theil heraus zu geben gehalten seyn solle / mit diesem ausdrücklichen Anhang / daß derselbe / welchem solcher Gestalten der Hoff per sortem zugefallen / den Hoff einem Frembden zu verkauffen keine Macht haben / sondern wann er erheb- oder unerheblichen Ursachen halber denselben nicht länger haben oder bewohnen wollte / verpflichtet

pflichtet seyn solte / denselben ermeldten Mit-Erben anzubieten / und in den Tax, wie er im Los ist angeschlagen worden / zu überlassen / mit diesem fernern Anhang / daß ihme das jenige / so er innerhalb 6. Jahren darauf melioriret haben würde / prævia Taxatione wieder gut gethan werden solte. Solte aber keiner aus denen Mit-Erben den Hoff an sich lehnen / kauffen oder ziehen / sondern an einen Frembden verkaufft werden / so soll er solches mit Vorwissen der Erben thun / und der Gewinn und Verlust / da der Hoff theurer oder geringer verkaufft werden solte / gemein seyn / doch soll einen wie den andern Weg vorgemeldte Melioration vor gut gethan werden. Obwohl nun einer von denen Geschwistern / Nahmens Semproniæ, der Hoff per sortem zugefallen / so hat doch diese den Hoff / weiln sie anderwärtlich sich besser setzen können / nicht behalten / sondern ihrer andern Schwester Meviæ denselben abgetretten; Dieweilen aber auch diese wegen der allzubösen und Lands-verderblichen Kriegs-Zeiten den Hoff nicht behaupten könnte / und dahero ihrer dritten Schwester Sejæ denselben Anno 1629. wiederum abgetretten / diese Letztere auch den Hoff nicht nur bey ihrem Leben behauptet / sondern auch nachgehends von dem Closter den Eigenthum des Hoffs um 1600. Reichs-Thaler an sich erhandelt / und denselben also auf ihre Tochter und nach dero auch tödtlichen Hintritt auf ihre Enckelein jure succeſſionis ab inteſtato transmittiret / und dann die Enckelein von dieser dritten Schwester nunmehro den Hoff an eine gewisse Stands-Person dergestalten verhandelt / daß sie 5000. Gulden an baarem Geld / und 9500. Gulden an angewiesenen Pfachten dargegen empfangen;

Qu. I. Als ist erstlich die Frage: Ob der Sejæ Nepotes sothanige Uberbesserung des quæſtionirten Hoffs ohne Vorwissen ihrer vom Titio und Caja herstammenden und mit ihnen in Bluts-Freundschafft stehenden Enckelein vertauschen können?

Qu. II. Ob die Vertauschere an denjenigen / was sie wegen der Uberbesserung zu viel bekommen / nicht des Titii und Sejæ Enckelein participiren zu lassen schuldig seyen? Oder kürtzer zu fassen:

Qu. III.

Qu. III. Ob die obige compaciscirende Mit-Geschwister ihr an berührter Uberbesserung in casum alienationis ad extraneos sich vorbehaltenes Recht auf ihre Kinder und Enckelein dergestalt transmittiret / daß solche nach einer Zeit-Verlauff von etlich siebenzig Jahren das der Familie zum Besten vorbehaltenes Recht annoch suchen / und folglich der Sejæ Enckelein dahin actioniren können / daß sie ihnen an dem jenigen / was sie über die à 4000. Gulden angeschlagene Uberbesserung empfangen / ihren Antheil heraus geben müssen?

Und diese Dritte oder vorherige beyde Erstere Fragen wird per Rationes Dubitandi & Decidendi auszuführen gebetten.

RESPONSUM.

NAchdem mir Ends-bemeldten beykommende Facti Species nebst zweyen angehängten Fragen / und einem unter weyland Sebastian K. hinterlassenen Erben den 8.ten Octobr. im Jahr 1616. aufgerichteten Vergleich / einen Hoff zu K. und daß selbiger von dem jenigen / welchem er unter den Geschwistern durch das Los zufallen wird / denen übrigen Geschwistern bey vorhabender Veräusserung anzubieten / und Falls keines unter ihnen solchen an sich erhandeln / und er dergestalt an Frembde veräussert werden solte / den Gewinn und Verlust / so er über den geschwisterlichen Anschlag à 4000. Gulden verkaufft wurde / gemein zu haben / gleichwohl aber auch die übrige Mit-Erben dem jenigen / so das Gut inzwischen erweißlich gebessert / solches zu erstatten gehalten seyn sollen / betreffend zugeschicket / und mein Rechtliches Bedencken darüber erfordert worden / als hab selbige mit Fleiß verlesen und wohl erwogen / und verhalte in dienstlicher Wieder-Antwort nicht / und zwar auf die Erste Frage;

RATIONES DUBITANDI.

DAß ob zwar 2.) alle und jede Pacta , so mit wohl bedachtem 1.
Muth aufgerichtet und geschlossen worden / festiglich zu halten /

und nichts dagegen vorzunehmen seye / fides enim humana inconcussam pactorum vim expostulat;

L. hujus. 1. pr. de Pact.

L. Hoc edicto. 1. pr. de const. pecun.

Et heredes paciscentes tempore factæ divisionis legem rei suæ dicere potuerunt,

L. in re mandatâ. 21. C. mandat.

L. si fundum. 2. C. de Pact. int. empt. & vend. comp.

relicto quippe omnibus ac singulis rerum suarum dominio prorsus libero & illibato.

§. 40. Inst. de acqu. rer. domin.

L. Non usq. 2. si à parent. quis manumiss. sit.

2. Zumahl da 2.) die sämtliche Erben aus keiner andern Ursach / als daß sothaner Hoff als ein ansehnliches Erb-Stuck unter ihnen jederzeit verbleiben solle / diesen Vergleich zweiffelsohn aufgerichtet / und dergestalt gleichsam ein Fideicommissum unter sich verordnet haben / causa enim finalis ejuscemodi conventionum nulla censetur alia, quàm conservatio rei alicujus in familiâ & propterea exinde Fideicommissum induci censetur per ea, quæ eleganter tradit

Besold. *Consil. 49. n. 86. part. 2.*

cùm ex veriori Nostrorum sententiâ Fideicommissum non solummodò in ultimis voluntatibus, verum etiam Pactis & Contractibus erigi possit, ceu innuit

Peregrin. *de Fideicomm. art. 51. n. 2.*

cumque cum citatis sequitur

Klock. *Cons. 33. n. 3. tom. 2.*

etiamsi bona sint emphyteutica,

Peregr. *d. n. 2.*

3. Einfolglich 3.) sothaner Hoff von dem jenigen / welchem er im Los zugefallen / oder auf welche er nachgehends transmittiret worden / zumahl

mahl nicht veräusſert werden können / und da gleichwohl ſolches ohne Vorwiſſen der Mit-Erben geſchehen / dieſe ſothane Diſtraction zu impugniren / und ſelbige wiederum einzuklagen wohl befugt ſeynd / bona ſiquidem fideicommiſſo ſubjecta ſunt inalienabilia, eorumque dominium tranferri nequit;

L. peto. 16. §. 3.

L. cùm pater. 77. §. 27. de Legat. 2.

Tametſi Fideicommiſſum fuerit pactitium, uti in terminis docet

Knipſchild. *tr. de Fideicomm. famil. cap. 11. n. 26.*

Pacta ſiquidem intuitu familiæ facta vim Legis obtinent, & poſteritatem inſtar ultimæ voluntatis conſtringunt.

Beſold. *dict. loc. n. 97.*

So daß auch 4.) die Nachſtammende jederzeit zu ſothanem jure vindicandi zugelaſſen werden müſſen / Jus enim revocandi ſive vindicandi bona familiæ perpetuò competit ſucceſſoribus, quando in extraneum ſunt alienata. 4.

Schurff. *Conſ. 30. n. 1. cent. 1.*

Cravetta *Conſ. 984. n. 74.*

Dabeneben 5.) die Interpp. dahin ſchlieſſen / quòd Pactum de non alienando valeat in perpetuum, quando intuitu certarum perſonarum, veluti extranearum, initum eſt, ſecundum tradita 5.

Beſoldi *d. Conſil. 49. n. 112.*

cùm multa intuitu extraneorum ſint recepta, quæ aliàs non concederentur;

Blanc. *in Epit. feud. l. 2. cap. 1. n. 77.*

Favorabiliter enim quis eſſe debet ſuis, quàm extraneis.

Mynſ. *cent. 5. obſ. 47.*

Dahero 6.) auch der mit-paciſcirenden Erben und Nachkommen dieſer Vergleich mit angehet / und ſie ſich des darinnen beſchehenen Bedings zu erfreuen haben / cùm jam tum evidens ſit & expeditum, 6.

paciſcentium appellationem etiam ad heredes extendi;

L. ex contractibus. 49. de O. & A.

Tametſi horum in contractu mentio facta non ſit;

L. eum qui. 56. §. 1. de V. O.

cùm quilibet non ſibi tantum, ſed & poſteris ſuis perſpicere cenſeatur,

L. Si Pactum. 9. de Probat.

& perſonæ paciſcentes non reſtrictionis, ſed demonſtrationis cauſâ expreſſæ reputentur;

L. Juris gentium. 7. §. 8. de Pact.

7. Hiernebſt 7.) gegenwärtiger Vergleich allein ein gewiſſes Stück / nicht aber eine gantze Erbſchafft oder deren Antheil betrifft / und dahero um ſo weniger beſtritten werden kan / quando enim certa ſaltem res per conventionem alienari prohibetur, tantò firmius ſubſiſtit prohibitio;

Beſold. *cit. loc. n. 47.*

Cùm hâc ratione non incidat in Pactum ſucceſſorium, neque liberam teſtandi licentiam impediat.

Carpzov. *Jurispr. for. part. 2. conſt. 12. def. 26. n. 6.*

8. Dann auch 8.) allbereit über 76. Jahr und dergeſtalt eine ſehr geraume Zeit und über Menſchen Gedencken beſtanden / auch darüber jederzeit gehalten worden / firmiſſimè autem ſubſiſtit Pactum, quando tantò temporis decurſu eſt firmatum, cùm tempus immemoriale habeat vim conſtituti,

L. hoc Jure. 3. §. 4. de aq. quotid. & æſtiv.

L. ſi cui. 1. §. ult. de aq. & aq. pluv. arc. act.

& tantæ ſit virtutis, ut nemo ei contradicere poſſit;

Socin. *Conſ. 76. n. 94. verſ. & ſi per curſum. lib. 1.*

Præcipuè quando uniformis ac perpetua obſervantia acceſſit, nihilque contra illud attentatum inducit, ſiquidem obſervantia ta-

citam

citam eorum ratificationem, quæ temporibus abhinc longissimis gesta sunt;

arg. *L. Bonorum. 24. pr. rem rat. haber.*

Ferner 9.) vieler vornehmer Rechts-Lehrer Meynung nach das je- 9.
nige / was dem getroffenen Vergleich zuwieder veräussert worden / als null und nichtig zu achten / und deßwegen von dem jenigen / welchem solches zum Nachtheil geschehen / wiederum eingeklagt werden kan / quando enim prohibitio alienationis Pacto facta, alienationem irritari, remque revocari posse, tenet

Gloss. & cum ea Jason. in *L. Eâ Lege. 3. C. de cond. ob caus. dat.* add. Sande *tr. de proh. rer. alien. part. 4. cap. ult.*

& hoc modo etiam consuluit

Mevius *Cons. 57. n. 142.*

Und zwar 10.) und Letztens dem Ansehen nach nicht ohne Ursach / 10.
gestalt sonsten sothanes Pactum keine Würckung hätte / und denen übrigen Mit-Erben ein so herrliches und kostbahres Erb-Stuck ihrer sorgfaltig gethanen Vorsehung zuwieder gäntzlich entzogen und entwendet würde / cùm ècontra certi juris sit, quasvis dispositiones atque instrumenta sine virtute operandi esse non debere;

Alexand. *Cons. 12. n. 11. lib. 2.*
Cravett. *Cons. 227. n. 15.*

Cumprimis quando versamur circa dispositionem hominis, uti hoc loco circa contractum seu pactum favorabilius enim est, quod fit ab homine, quàm quod fit à lege.

Menoch. *Cons. 16. n. 24.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

Nichts desto weniger aber und weil Erstlich offt-ersagter Vergleich 11.
dessen Buchstablichen Innhalt nach denen sämtlichen Erben an-

ders nichts als Retractum conventionalem verstattet / indeme der jenige / so selbigen vermittelst des Loses erhalten / denen übrigen Mit-Erben bey etwa vorhabender Veräußerung solchen vorhero anzubieten gehalten seyn solle / constat autem Retractu conventionali haud impediri Dominii translationem, quando alienatio perfectionem secundam nacta, & res extraneo tradita, sed solum agi posse ad id quod interest; ob fidem contractus violatam;

Carpzov. *Jurispr. for. p. 2. c. 12. def. 8.*

Cùm jus offerendi prorsus separatum sit à divisione & duntaxat personam venditoris, nequaquam verò tertii obstringat, uti notabiliter concludit

Surdus *Cons. 399. lib. 3.*

12. Auch zwar Zweytens dabey Meldung thut / daß der Hoff keinem Frembden verkauffet werden solle / gleichwohl hieraus zumahl kein Fideicommissum geschlossen werden kan; dann obwohl sonsten prohitio Alienationis dergleichen nach sich zu führen pfleget / wie zu sehen beym

Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præs. 68. n. 14.*

Mantic. *de Conject. Ultim. Volunt. lib. 4. tit. 5.*

Zumahl solche tanquam qualificata & cum causa facta zu achten / und dahero sonderlich in obacht zu nehmen;

Richter. *Cons. 455. n. 24. vol. 2.*

13. So ist doch dieser Vergleich nicht unter denen Agnatis, sondern theils Affinibus, theils auch Fœminis aufgerichtet / und daß eines so wohl als das andere im Fall der Veräusserung den Hoff an sich zu bringen Macht haben solle / darinnen Vorsehung geschehen / soli autem Agnati sunt capaces Fideicommissorum familiæ, neutiquam verò Cognati & multò minus Affines ac Fœminæ;

Knipschild. *de Fideicomm. fam. cap. 8. n. 1. & 159.*

Cùm hisce appellatio familiæ nullatenus conveniat.

L. pronunciatio. 195. §. ult. l. familiæ. 196. §. 1. de V. S.

Nil

Nil equidem impedit, quò minus etiam Cognati, Affines & Fœminæ talia Fideicommissa de novo constituere, suisque familiis providere possint, cùm quilibet rerum suarum administrationem habentes ad ejus constitutionem admittantur, etiamsi sint privati ac ignobiles.

Knipschild. *d. tr. c. 3. q. 32. & 46.*

At verò hoc loco non saltem agitur de novâ constitutione, verùm etiam in casum subsecutæ alienationis æquali omnium admissione, nec non continuâ juris offerendi in posteros transmissione. Sic enim Facti Species refert: Es seye der Hoff der einen Schwester Semproniæ zugefallen / von selbiger aber weiter auf deren Schwester Meviam, und von dieser wiederum uff ihre Schwester Sejam, weil jene sich besser setzen / diese aber in den verderblichen Kriegs-Zeiten solchen nicht behaupten können / gefallen / von welcher Letztern dann ferner ihre Tochter / und forters ihre Enckel selbigen jure successionis ab intestato überkommen hätten. Jam autem cum fœminis ita comparatum est, ut etiam eo casu, quo fideicommissum familiæ constituerunt, tamen ipsis successio haud pateat, quamdiu masculi adsunt. 14.

Knipschild. *d. tr. c. 8. n. 159.*
Everhard. *vol. 1. Cons. 52. n. 1.*

Wodurch dann die sub n. 2. 3. & 4. angeführte Gegenwürffe gäntzlich entkräfftet werden. Anjetzo nicht zu gedencken / quòd surrogationes atque substitutiones in contractibus factæ, propriè loquendo fideicommissa non constituant, verùm potius speciem pactorum successoriorum repræsentent. 15.

Eyben. *Elect. feudal. cap. 6. vers. ult.*
Stryck. *de Success. legit. ex Fideicomm. fam. cap. 1. n. 32.*
Conf. Peregrin. *de fid. art. 51. n. 2.*

Ohnedem Drittens allezeit dahin Interpretatio zu machen / ut fideicommissum potius excludatur, quàm inducatur; cum plerumque & onerosum & odiosum esse soleat; 16.

Klock.

Klock. *Conſ. 33. n. 15. tom. 2.*
Menoch. *de Præſ. lib. 4. præſ. 67. n. 9.*
Maſcard. *de Prob. concl. 775. n. 1.*

Præcipuè quando in diſpoſitione vel pacto, quod ad fideicommiſſum trahi poſſit, haud reperitur, quin potius perſonarum qualitas id prorſus excludit

Mevius *part. 7. deciſ. 17. n. ult.*

17. Jngleichen Vierdtens an Seiten der Mit-Erben bloßhin die Veräusserung des Hoffs verbotten / keines Weges aber daraus eine Hypothec in caſum contraventionis vorbehalten worden / in dubium ſiquidem eſt, quòd ſi prohibitio alienationis cum reſervatione hypothecæ alioquin ſit munita, effectus ejusdem impediatur,

L. ſi creditor. 7. §. ult. de diſtr. pign.
Mantic. *de tac. & amb. conv. lib. 4. tit. 30. n. 5.*
Carpzov. *p. 2. conſt. 32. def. 11.*

modò non ſit generalis ſed ſpecialis;

Beſold. *Conſ. 83. n. 117.*

18. Noch auch Fünfftens in dem Vergleich Meldung geschehen / daß auf gleichmäßigen Fall Dominii tranſlatio behindert / oder doch ſelbige ſo bald revociret ſeyn ſolle / ſimiliter enim aliàs alienationi obeſt, quando expreſsè additum, ut tranſlatio hæc impediri, vel tamen ſubitò revocari debeat,

Mantic. *dict. loc. n. 26. & 31.*
Theſſaur. *quæſt. forenſ. lib. 2. quæſt. 81.*
Marc. Anton. de Amatis. *deciſ. 70. n. 11.*

19. Weniger Sechſtens ſonſten etwas hierbey zu befinden / welches vel ex perſonarum qualitate vel rei naturâ der von den Enckeln vorgenommenen Veräußerung entgegen ſtehen könne / ubi enim inhabilitas perſonarum vel rei exemptio deprehenditur, licentia diſtrahendi ſufflaminatur.

L. non omnia. 44. de minor.

L. Si

L. Si curatorem. 3. C. de in integr. rest. min.
Mantic. *cit. loc. n. 37.*

Solchem allen Siebendens zu Folge dieser Vergleich bloßhin in terminis simplicis Pacti bestehet / Krafft dessen zwar dieser Hoff nicht veräußert werden sollen / gleichwohl aber / da solches geschehen / nunmehr nicht revocirt / sondern allein conditione ad præstationem ejus quod interest gehandelt werden kan. 20.

L. eâ lege. 3. C. de cond. ob caus. dat.

Duæ enim hujus Rescripti partes sunt, una respicit jus, altera factum. Quamdiu quidem res integra manet, & alienatio vel prorsus non sequitur, aut tamen nudo consensu celebratur, pactum secundum jura inconcussam retinet authoritatem, insimulque æquum foret, ut tali modo perpetuò custodiretur & observaretur. Atque juxta hanc partem Rationes Dubitandi sub num. 1. 5. 6. 7. & 9. hactenus benè procedunt. Quando verò pacto non attento alienatio de facto est secuta, & res alteri tradita, Dominium reapse est translatum, & propterea actio realis pro eâ revocandâ non conceditur. Diversè siquidem tradunt Impp. conditione non servatâ dari condictionem tanquam actionem personalem, evidenti argumento, ob fidem saltem labefactatam non nisi ad id, quod interest, agi posse. Neque hoc citra rationem. Cùm enim pa- 21.
cta non corpus ipsum sive rem, sed solam personam afficiant,

L. Obligationum. 3. de O. & A.

neque paciscendo effici possit, ne prædium suum sibi alienare liceat,

L. nemo. 61. de Pact.

hocque ipso differant à prohibitione, quæ per ultimam voluntatem vel legem fit, utpote quæ ipsa rei viscera comitetur;

L. cùm hi. 1. l. cum duobus. 3. §. 3. C. comm. de Legat.

hinc ex illis nonnisi actio personalis in casu contraventionis nasci potest;

Gail. *lib. 2. Obs. 16. n. 5. & seqq.*

Atque hanc sententiam Dd. uno quasi ore ingeminant & communem esse comprobant, ceu videre est apud

Peregrin. *de Fideicomm. art. 52. n. 72.*
Ludovic. *decis. 68. n. 10.*
Paris. *cons. 100. in princ. lib. 4.*
Guido Papæ *569.*
Carpzov. *J. F. part. 2. const. 32. def. 8.*

eandemque fovet ipse sibi contrarius

Mevius *cons. 77. n. 43.*

22. Ferner 8.) in sothanen Vergleich zugleich enthalten / daß der jenige / so selbigen per sortem erhalten / Macht haben solle / solchen einem Frembden zu verkauffen / im Fall keiner von den übrigen Mit-Erben selbigen an sich zu bringen gesinnet wäre / wann nun dißfalls Rechtens / daß auch bona à Testatore Fideicommisso subjecta auf vorher beschehene rechtmäßige Denunciation zu veräussern seyen / wie wohl erkläret

Peregrin. *de Fideicomm. artic. 14. n. 20.*

so muß im Gegentheil folgen / daß da über diesen Hoff die Mit-Erben allein paciscirет / und Retractum conventionalem ausbedungen / selbiger auch ohne sothane Denunciation mit Bestand alieniret / und solches keines Weges retractiret werden könne / argumentum enim à contrario sensu in jure validissimum est, quando nec lex nec ratio reclamat;

Everhard. à Middelburg. *loc. à contr. sens.*

Nun ist vielmehr ratio diversitatis ex ipsis legum adytis zu bemercken / indeme angeführter massen prohibitio testamentaria bona ipsa, pactitia verò allein personam afficiret.

23. Dann auch 9.) der sub n. 8. angeführten und entgegen gesetzten Länge der Zeit ohngehindert / gleichwohl solche Veräusserung / da sie nunmehr geschehen / bestehet und gültig ist / sicuti enim fundus ejuscemodi pacto non afficitur, & proinde in qualitate alienabili, in qua ante illud fuit, mansit, ita etiam temporis longinquitas & decursus

cursus qualitatem istam mutare non potuit, qualitas enim, quæ semel inesse cœpit, semper perdurare censetur.

Alciatus *reg. 3. præs. 25. princ.*

Adhæc, quamdiu res non alienatur, retractus quidem perpetuò competit. At verò exinde alienatio haud impeditur, quia potius eâ secutâ casus demum existit, unde currere possit præscriptio, ut benè loquitur

Carpzov. *p. 2. const. 32. def. 13. n. 1. & 2.*

Annebenst Zehendens und zum Beschluß genung ist / daß dergleichen Pacta ihre Würckung haben / so lang dergleichen Veräusserung würcklich nicht erfolget. Obgleich nachgehends / und da ein Gut / worüber paciscirет worden / andern eingeraumet wird / sothane Operation allerdings verbleibet und behindert wird / multa siquidem prohibentur fieri, quæ tamen, si facta fuerint, firmitatem obtinent, 24.

cap. ad apostolicam. 16. X. de regular.

& quando res in eum devolvitur statum, à quo incipere potuit, illicò tenet, etiamsi ab initio fieri non debuit.

cap. placet. 12. X. de convers. conjug.

Besonders auch Eilfftens der Enckeln Groß-Mutter / welches wohl zu bemercken / den Eigenthum des Hoffs um 1600. Reichs-Thaler nachgehends an sich erhandelt / und nachdem hierdurch Dominium utile cum directo consolidiret worden / freye Macht solchen zu alieniren erlanget / sicut enim pro consolidatione plena acquiritur proprietas; 25.

L. si fructuarius. 4. usufr. quemad. cav.

Ita etiam libera alienandi licentia exinde enascitur, cum proprium sit dominii alienare & de re suâ pro lubitu disponere;

L. non usq. 2. si à par. quis manum. fuer.

Diesemnach Zwölfftens und zum Beschluß kein Zweiffel solche auch auf ihre Tochter und Enckel als Erben transmittiret / und dahero / indem diese den Hoff anderwärts veräussert / dadurch den Eigenthum 26.

würcklich abdiciret und hingegeben; Heres enim unacum defuncto est persona, inque omnia ejus jura succedit,

Nov. 4. cap. 1.

& heres etiam per multas successiones primi defuncti existit heres.

L. heredis. 65. de V. S.

27. Nur weil gleichwohl die Enckel deme von ihren Vorfahren aufgerichteten Pacto de non alienando zuwider gehandelt / dißfalls ad præstationem ejus, quod interest, von Rechtswegen verbunden seynd;

L. eâ Lege. 3. C. de cond. ob caus. dat.

Superveniens enim Dominii directi acquisitio non liberat promissorem à fide datâ, cùm nemo facto proprio, altero non consentiente ab obligationis nexu liberetur,

L. sicut. 5. C. de O. & A.

facit, quod promissionis illius ratio etiam post illam acquisitionem supersit, & propterea nec promissio vim suam amittat.

Roland. à Valle *cons. 6. n. 16. & seqq. vol. 4.*

Also ist kein Zweiffel / daß ob zwar Sejæ nepotes den Eigenthum des Hoffs von sich gegeben und abgetretten / die übrige vom Titio und Cajâ herstammende und mit gesuchte auch solches keines Weges impugniren können / dannoch jene actione personali ad Interesse zu belangen wohl befugt seynd.

Quæstio secunda.

Aus Entscheidung der ersten Frage kan die Zweyte ohnschwehr ihre Abfertigung und Entledigung erlangen.

RATIONES DUBITANDI.

28. DAnn ohnangesehen / daß 1.) darburch die Sache in einen andern Stand gerathen / indem der Enckel Groß-Mutter den Eigenthum

thum des Hoffs an sich gebracht / pacta autem intelligantur rebus sic stantibus;

Klock. *Conf. 110. tom. 3.*

Ita ut mutato rerum statu mutetur etiam observatio pactorum.

Bartol. *in L. quoties. 9. §. 13. de hered. instit.*

Auch 2.) sothanes Pactum de non alienando super facto negativo 29.
& prohibito conceptum tanquam odiosum zu achten /

Frideric. de Senis *conf. 25. n. 4. in fin. vers. insuper.*

in odiosis autem nequaquam fiat extensio ad ulteriores successores.

Bald. *in L. ult. C. de hered. instit.*

Und dahero 3.) anderster nicht zu schlüssen / als daß selbiger bey 30.
denen paciscirenden Mit-Erben bestehen / keines Weges aber auf deren Nachkommen transmittiret werden solle / zumahl da deren in dem Vergleich keine Meldung geschehen / quòd enim verbis non continetur, pro omisso haberi debet.

Wesenb. *conf. 15. n. 42. part. 1.*

Sonderlich da 4.) prohibitio alienationis darinnen allein auf die 31.
Person des jenigen / so diesen Hoff im Los erhalten wird / gerichtet / und dahero nicht realis sed personalis zu achten / per tradita

Mascard. *de Prob. concl. 1243. n. 78.*

Talis autem personas in Instrumento expressas nequaquam egrediatur,

Mascard. *dict. loc.*

Uberdiß 5.) provisio hujus Pacti durch eine so geraume und fast 32.
unerdenckliche Zeit erloschen zu seyn scheinet / temporis enim lapsus vim habet pacti de non petendo,

arg. *L. si quis fortè. 6. de pœn.*

& paria sunt, utrum quis lapsu temporis, an renunciatione excludatur.

L. successorium. 1. §. 11. de Success. edict.

33. Sodann 6.) einem jeden Eigenthums-Herrn sein Gut nach Belieben zu schätzen wohl erlaubt / einem andern aber Rechenschafft davon zu thun / oder so er es theurer verkaufft / etwas heraus zu geben nicht gehalten ist / quilibet enim pretium rei suæ statuere potest,

L. rem. 1. l. videamus. 4. §. 2. de in lit. Jur.

& diligenti atque vigilanti nil quicquam imputandum, vel onus quoddam imponendum, ne alioquin solertia incidat in pœnam.

L. cum anterioribus. 5. §. 4. C. de Temp. appell.

RATIONES DECIDENDI.

34. So ist es doch an deme / daß der mit paciscirenden Nachkommen der Sejæ Enckeln dahin zu belangen berechtiget sind / daß sie dasjenige / was sie mit etlichen tausenden zu viel bekommen / ihnen wiederum ersetzen müssen; Immassen Krafft des getroffenen Vergleichs dahin die ausdrückliche Vorsehung geschehen / daß falls der Hoff an einen Frembden veräussert würde / alsdann der Gewinn und Verlust unter ihnen sämtlichen gemein seyn sollte. Quod autem inter partes expressè convenit, inviolabiliter custodiendum,

L. hujus. 1. pr. de Pact.

cùm expressio censeatur facta ad omnem dubitationem tollendam,

L. quæ dubitationis. 81. de R. J.

& propterea in dolo esse censeatur, qui pacta conventa servare & implere detrectat;

arg. *L. dolus. 44. mand.*

35. Und wäre ja der Verlust auf die Mit-Erben / falls der Hoff geringer verkaufft worden wäre / gefallen / muß demnach der Gewinn / da selbiger ungleich höher distrahiret worden / denenselben ebenmäßig mit zu gut kommen / naturali enim rationi conveniens est, ut causa sustinendi damni etiam implicet causam percipiendi & communicandi lucri. *L. secundum. 10. de R. J.*

Bevorab

Bevorab da der Hoff von den Geschwistern Zweiffelsohn in Ansehung der Blut-Freundschafft in etwas geringer angeschlagen / und in der Absicht von denenselben der Gewinn / im Fall er an Frembde gelangen sollte / Sorgfältig vorbehalten worden / quæ autem certam ob causam facta sunt, actum singulariter dirigunt, & causâ illâ cessante alium effectum operantur.

Barbos. *lib. 5. cap. 4. ax. 8. & lib. 3. cap. 10. ax. 10.*

Jedoch ist hiebey in acht zu nehmen / daß der vor den Eigenthum ge- 36.
zahlte Preiß nebst der bis auf die Zeit der Distraction in das Gut verwendete Besserung vorhero abgezogen / auch so viel jene betrifft / nicht eben præcisè auf die Summ der 1600. Reichs-Thaler gesehen / sondern weil muthmaßlich der Sejæ nepotes in Ansehung sothanen von dem Closter erkaufften und nunmehr mit-alienirten Eigenthums ein weit mehrers erhalten haben / indeme bekandt / daß die eigenthumliche Güter hoch gehalten / und zuweilen höher / als sie erkauffet / angebracht zu werden pflegen / ihnen ein mehreres zu gut kommen / und die Theilung des Gewinns ihrer Seits desto leidlicher gemacht werden müsse; Sicut enim proprietas longe anteferenda emolumentis tametsi plenissimis ex re provenientibus,

Wesenb. *cons. 28. n. 20. part. 1.*

ita postquam hæc accessit fundo vendito, & plena effecta, etiam onus dividendi lucri minuere debet.

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Die Gegen-Einwürffe verfangen hierbey im geringsten nichts / sin- 37.
temal der erste seinen Abfall hat / quando actus duorum vel plurium voluntate, ut hoc loco est firmatus, ceu notabiliter tradit

Richter. *cons. 189. n. 26. vol. 2.*

Der Ander aber redet allein de casu, quo prohibitio citra causam facta est, quippe quæ valida non habetur;

Mascard. *de Probat. conclus. 1243. n. 4.*

At

At verò causam hoc loco subesse ad quæstionem præcedentem satis notatum est. Facit, quod quando aliquid est prohibitum consensu eorum, in quorum favorem est prohibitum, tum hoc ipso efficiatur licitum.

L. nihil. 120. §. 1. de Legat. 1.
L. sicut. 8. §. 11. quib. mod. pign. vel hyp. solv.

38. Mit diesem fällt auch der Dritte / dann gleichwie prohibitio mit allerseits Belieben der Erben geschehen / so entspringet auch daraus pactum utrinque obligatorium, quod suâ naturâ transit ad heredes, tametsi inibi haud commemoratos.

L. eum qui. 56. de V. O.

39. Und weil so viel die Vierdte betrifft prohibitio personalis nicht allemal ex personis ad quas ea dirigitur, sondern vielmehr ex adjectione causæ, daß es an Frembde nicht soll veräussert werden / zu schlüssen / so ist an deme / daß solche allhier zumal pro reali zu achten seye.

Knipschild. *tr. de Fideic. cap. 7. n. 112. & seqq.*

Durante enim causâ durat prohibitio;

Knipschild. *d. l. n. 108.*

Wie dann ohnedem Rechtens / ut prohibitio alienationis inter aliquos facta etiam ad eorum descendentes extendatur.

Knipschild. *eod. loc. n. 115. & seqq.*

Der Fünffte ist anderster nicht zu verstehen / quàm si certum tempus, intra quod aliquid fieri debet, est adjectum;

L. si intra. 23. de stat. lib.

At verò tali hoc casu deficiente manet regula, quòd tempus jus quæsitum non auferat, nec sit modus tollendæ obligationis;

L. obligationum. 44. §. 1. de O. & A.

40. So macht auch der hierbey ausdrücklich eingegangene Beding / Krafft der bey erfolgenden Veräusserung der Gewinn unter den sämtlichen Erben gemein seyn solle / daß der sechste Einwurff gleichmäßig nicht im Wege liege; Expressa enim provisio hominis facit cessare provisionem legis.

arg. *L. si tutores. 3. C. de Testam. tut.*

CONSI-

CONSILIUM ſeu RESPONSUM
IV.

An Emptor rei alienæ, quia in ejus qualitatem curioſè non inquiſivit, ad reſtitutionem fructuum tam perceptorum quam percipiendorum teneatur?

Ob der jenige / ſo ein fremdes Gut kaufft / von deßwegen / weiln solcher deſſen Zuſtand nicht genau erforſchet / zu Erſtattung der erhobenen und zu erheben geſtandenen Früchten gehalten ſeye?

SUMMARIA.

1. *Juſta cauſa, ex quâ fructus percepti & percipiendi adjudicandi, eſt mala fides.*
2. *Et poſſeſſor, qui reſcivit rem eſſe alienam, ad eorum reſtitutionem tenetur, ſi lite cum eo conteſtatâ ſententia contra ipſum pronunciata fuerit, quod tamen limitatur.*
3. *Contumaciæ pœna ultra actum, in quo quis contumax fuit, ſeſe haud extendit, nec fructus ſequuntur rem principalem, quando illorum diverſa eſt ratio.*
4. *Dubitans æquiparatur ignoranti, & à calumnia liber cenſetur, nec fructibus perceptis & percipiendis redditur obnoxius.*
5. *Bonæ fidei emptor eſſe videtur, qui ignoravit, rem alienam eſſe.*
6. *Ac emptor præſumitur ignorare conditionem rei emptæ, quòd illa eſſet aliena, quando venditor ejus qualitates non expreſſit.*
7. *Bonæ fidei præſumptio tantò magis capitur, quando longi temporis lapſus concurrit.*
8. *Bonæ fidei poſſeſſor omnes fructus perceptos & conſumptos lucratur, & nonniſi extantes reſtituere tenetur.*
9. *Qui cum alio contrahit, non ignarus debet eſſe ejus conditionis, & in malâ fide hoc ipſo conſtituitur, quando culpa aliqua ei poteſt imputari.*

10. *Quod*

10. *Quod tamen limitatur in contractu emptionis, cùm res etiam aliena vendi possit, & venditor ad evictionem obligetur.*

11. *Cavenda interpretatio scopo Legislatoris repugnans, quæque cum naturâ negotii parum convenit.*

12. *Emptor excusatur, quando supina & improbabilis ignorantia ei imputari nequit, ac in quonam ea consistat?*

13. *Scientia saltem de facto vicinorum haud verò alibi habitantium præsumitur, & pro justâ ignorantiâ habetur, quando bono viro fides habita.*

14. *Credulitas probabilis & justa reputatur, quæ Viro honesto & probatæ familiæ habetur, quod ampliatur.*

15. *Regula in* L. 19. de R. J. *limitatur. Sufficit, si Emptor qualemqualem curiositatem circa contractum adhibuerit, & quando ècontra mala fides ex culpâ ipsi imputari possit?*

SPECIES FACTI.

Richardus erkauffet von seines Lehen-Herrns / weyland Herrn Christiani, hinterlassenen Sohn / Nahmens Theophilo, auf dessen wiederholte contestationes, daß sothaner Hoff ihme bey Theilung der Vätterlichen Gütter im Los allein zugefallen / den Eigenthum solches bißhero Leyhweiß eingehabten Hoff-Guts. Es begiebt sich aber hierauf / daß Herr Alphonsus Nahmens seines Sohns Eusebii gedachten Hoff um deßwillen in Anspruch nimbt / weilen der inzwischen gleichfalls verstorbene Theophilus zu Veralienirung dieses Hoffs keines Wegs berechtiget gewesen / sondern seinem des Herrn Klägers Sohn hieran ein vierdter Theil von seiner Frauen Mutter Seel. erblich angefallen / so dann noch ein dritter Theil durch einen sichern Vergleich eigenthumlich zukäme / und deßhalben beklagter Richardus non obstante des mit mentionirten Theophilo errichteten Kauffs von ersagten Antheilen die darauf hergebrachte Päächte und Zinnse zu errichten schuldig wäre; Gleichwie nun dieses alles klar am Tage / auch vom Herrn Kläger sattsam evinciret / und endlich in des beklagten Richar-

Richardi Ungehorsam gesprochen worden / als ist hierbey annoch diese Frage übrig: Ob Beklagter auch zu Erstattung der von Zeit des mit besagtem Theophilo geschlossenen Kauffs ruckständigen Pfächte / worvon solcher à Judice primæ Instantiæ absolviret worden / hätte condemniret werden sollen?

RESPONSUM.

DAß aber solcher de Jure hierzu keines Weges angehalten werden können / erhellet aus folgenden Rechts-Gründen. Allermassen 1.) der Herr Kläger das Fundament seiner Klage bloßhin auf unzuläßiges Unternehmen des Venditoris, so den Pfachtbaren Hoff Q. unter dem Angeben / als seye ihme selbiger in der Geschwisterlichen Theilung allein zugefallen / verkauffet / nicht aber auch zugleich des Emptoris, als habe er hierum sattsame Wissenschafft gehabt / so ohnedem von ihme erwiesen werden müssen / ausgestellet / wie aus denen verhandelten Actis sich offenbar ergiebet / dannenhero da diesem scientia rei alienæ zumal nicht imputiret / weniger erwiesen worden / justa causa, ex qua fructus percepti & percipiendi adjudicandi, nimirum mala fides, gar nicht zu bemercken. 1.

§. 35. Inst. de A.R.D.
L. 22. C. de R.V.

Und obgleich 2.) hierbey eine andere und zwar diese Absicht geführet werden wolte / es seye genug / daß er Richardus nicht allein in Anspruch genommen / sondern auch zu Abtrettung der eingeklagten Theilen condemniret worden seye / cùm in aprico sit possessorem, qui rescivit, rem esse alienam, ad restitutionem fructuum perceptorum & percipiendorum teneri, si lite cum eo contestatâ sententia tandem contra ipsum pronunciata fuerit, 2.

L. 48. §. 1. de A. R. D.
§. 2. Inst. de Offic. Jud.

eò quod sententia ex possessore malæ fidei ficto faciat verum, & ad tempus litis contestatæ referatur;

L. 25. §. ult. de Usuris.

So hat doch solches den Verstand / wann der Spruch contra Emptorem von deßwegen ausgefallen / weil er genaue Wissenschafft erlangt zu haben überführet worden / daß das verkauffte Gut dem Venditori nicht eigenthumlich zugestanden habe / ceu apertis verbis innuit Julianus in

d. L. 25. ibi: *Cognovit fundum alienum esse.* & ibi: *quamdiu fundus à me evictus non fuerit. de Usur.*

3. In gegenwärtigem Fall aber findet sich dergleichen Umstand nicht / indem der Bescheid gegen den Emptorem nicht ceu convictum, sed tanquam contumacem, ergangen / und da derselbe allein in non probando contumax gewesen / dem Actori fructus percepti & percipiendi nicht adjudiciret werden können / cùm contumaciæ pœna ultra actum, in quo quis contumax fuit, sese haud extendat;

Mevius *part. 5. decis. 191. n. 3.*

& fructus tanquam accessiones non sequantur rem principalem, quando illorum diversa atque separata est ratio,

Cardinal. Tusch. *lit. A. conclus. 76. n. 36.*

4. Wann auch gleich 3.) bey dem Emptore durch die gegen ihn erhobene Klage einiger Zweiffel entstanden wäre / ob auch das von dem Venditore gethane und in dem Kauff-Brieff enthaltene Angeben / als seye der Hoff Q. ihme in der Theilung allein zugefallen / sich also verhalte / so würde doch dadurch mala fides keines Weges erhärtet werden können / cùm dubitans æquiparetur ignoranti,

L. ult. C. de Condict. ob caus. dat.

Besold. *Cons. 57. n. 290. part. 2.*

Vultej. *Cons. Marp. 32. n. 205. vol. 4.*

Scoppa *Obs. Theor. pract. 4. n. 36.*

Et qui dubitat à calumnia liber esse censeatur,

Guzman. *tr. de Evict. quæst. 50. n. 24.*

Et quod dubitans fructibus perceptis & percipiendis non reddatur obnoxius, nominatim tradit cum citatis

Struv. *Exerc. 11. th. 19.*

So sehr dann 4.) bey so bewandten Dingen justa ignorantia pro 5.
præsenti emptore militiret / zumaln da selbiger Venditori suo, als eines vornehmen Manns Sohn / hierunter getrauet / so fest und unbeweglich stehet auch / daß er pro emptore & possessore bonæ fidei zu achten seye / cùm bonæ fidei emptor esse videatur, qui ignoravit eam rem alienam esse, verba sunt luculenta Modestini in

L. 109. de V. S.

Wie dann ohnedem auch 5.) pro Emptore jederzeit die Rechtliche 6.
Vermuthung stehet / daß er von dem jenigen / wovon ihme à Venditore keine Anzeige geschehen / nicht die geringste Wissenschafft gehabt habe / emptor siquidem præsumitur, ignorare conditionem rei emptæ, quòd illa esset aliena, cùm venditor ejus qualitates non expressit, ceu appositè ait, & omnes ita concludere docet

Guzmann. *dict. tract. quæst. 23. n. 14.*

Worinnen er 6.) desto mehr gestärcket worden / da der Kauff sie- 7.
ben Jahr zuvor mit mehrgedachtem Theophilo getroffen und vollzogen worden / ehe und bevor man ex adverso Klage erhoben / und er dergestalt so lange Zeit in ruhigem Besitz des Hoffs Q. gelassen worden / ihm auch niemals einige Nachricht zukommen / daß jemals gegen ersagten Herrn Theophilum nach seines Herrn Vattern Tod / da Zweiffelsohn bey der Theilung dieses Hoffs nicht nur gedacht / sondern auch wem selbiger unter denen Geschwistern im Los zugefallen / bekandt muß gemacht worden seyn / biß auf vorbenahmte Zeit des getroffenen Kauffs / so wenigstens fünff Jahr ab obitu Domini Parentis seyn müssen / etwas erreget / oder einige Klage ergriffen worden seye / so daß jetziger Appellans allererst nach Ablauff zwölff Jahren zur Vindication dieses

Hoffs pro duabus ratis geschritten zu seyn sich offenbar zu Tage leget / tantò magis autem bonæ fidei capitur præsumptio, quando longi temporis lapsus concurrit,

cap. 17. X. de Præscript.

& hanc communem esse opinionem firmat

Ripa *in cap. de caus. possess. & propr. n. 99.*

Hätte auch ihme Richardo als Kauffern nothwendig præscriptio longi temporis, Falls er des Besitzes länger genossen / angedeyen / und er von der gegen ihn angestellten Klage gäntzlich absolviret werden müssen;

L. unic. C. de usucap. transform.

8. Ob nun 7.) offt mentionirter Kauffer so bewandten Dingen nach zu Ersetzung der erhobenen und zu erheben gestandenen Früchten in primâ Instantiâ condemniret / oder ob er als Emptor & Possessor bonæ fidei vielmehr darmit verschonet werden müssen? wird ein Jedweder von selbsten ohnschwehr ermessen können / cùm in vulgus notum sit bonæ fidei possessorem omnes fructus perceptos & consumptos lucrari, nonnisi verò extantes restituere;

L. 22. C. de R. V.

9. Und thut 8.) und beschließlich im geringsten nichts zur Sache; wann man vorschirmen wolte / es hätte Richardo, ehe er sich in einen Kauff eingelassen / zu erforschen obgelegen / ob das von seinem Venditore gethane Angeben sich in der That also verhalte / cum is, qui cum alio contrahit, vel est vel esse debet non ignarus ejus conditionis,

L. 19. de R. J.

& in malâ fide hoc ipso quis constitui videatur, quando culpa aliqua ei potest imputari,

Decian. *Consil. 20. n. 63.*

10. Immassen hierauf nachrichtlich zu wissen / daß es mit dem Contractu Emptionis eine besondere und zwar diese Beschaffenheit habe / daß selbiger

biger ob ejus frequentiam & summam necessitatem dannoch bestehe / wannn gleich res aliena verkauffet worden /

L. 28. de contrah. empt.

Wann nur dem Emptori nichts davon wissend gewesen / und er dergestalten dergleichen Contractum bonâ fide eingegangen;

L. 109. de V. S.

Welchemfalls ihme gleichwohl dadurch / daß der Venditor zur Leistung der Gewehrschafft / obgleich selbige nicht versprochen worden / obligiret / genugsam prospiciret / und der Weg zur völligen Indemnität zu gelangen eröffnet wird.

L. 6. l. 37. l. 60. de Evict.

Wann man nun eine so genaue Curiosität in hoc contractu circa rem alienam erheischen / und bey deren Unterlassung einem Emptori, so doch bonâ fide darzu geschritten / einige Gefahr zuwachsen sollte / so würden nicht allein jura adducta de emptione rei alienæ & evictionis præstatione providè sancita vergeblich seyn / sondern auch dieser höchstnothwendige Contract wenig befördert / ja mehrentheils gar behindert werden / cavenda autem est interpretatio, quæ sententiæ ac scopo Legislatoris repugnat, quæque cum naturâ negotii parum congruit, ac ejus usum atque observantiam labefactat; 11.

L. 11. de in Jus vocand.

arg. *L. 1. princ. de contrah. empt.*

Hat demnach der Emptor hierbey das Seinige gethan / wann er bey dem Venditore des Gutes wegen Anfrage gethan / von dessen eigenthümlichen Zustand aber darauf keine widrige Nachricht überkommen; 12.

L. 1. §. 1. ibi: *ab eo quæsitum.* Et ibi: *emptor ignoravit. de action. empt.*

Ingleichen wann ihme keine supina, injusta ac improbabilis ignorantia beygemessen werden kan /

L. 6. de J. & F. ignor.

welche

welche darinnen bestehet / quando scientia de facili præsumitur, ut ita sentit

Sfortia Oddus *tract. de Restit. in integr. lib. 1. quæst. 8. artic. 10. n. 58.*

13. Nun wird aber gegenwärtiger Käuffer mit dergleichen Præsumption gar nicht beladen / an einem Theil / weil der Kauff zu Alexandria errichtet / und er dahero ob distantiam loci, wie die Theilung zu Padua vorgangen / nicht wissen können / cùm scientia saltem præsumatur de facto vicinorum, non verò alibi habitantium;

Bellam *Consil. 46. n. 17.*

Am andern Theil aber / weil nicht pro supinâ, sed justâ ignorantiâ geachtet wird / quando bono Viro, seu homini, cui credendum videbatur, fides habita, ceu in terminis tradunt & omnes ita concludere comprobant

Menoch. *de A. J. Q. casu 502. n. 89.*
Padilla *ad L. 7. C. de J. & F. ignor.*

14. Und dieses um so mehr / da der Verkäuffer auf damalige an ihn vom Käuffern gethane Frage / ob auch dem also seye / daß dieser Hoff ihme im Los zugefallen / zur Antwort gegeben / er wollte ja nicht hoffen / daß er in ihn / als eines in vornehmen Diensten gestandenen Manns Sohn einiges Mißtrauen setzen würde / credulitas autem probabilis & justa reputetur, quæ Viro honesto & probatæ familiæ habetur,

Cardinal. Tusch. *lit. C. concl. 1071. n. 29. & 30.*

In tantum ut instar qualiscunque erroris etiam in pœnis vitandis sufficiat, multò magis ergò à restitutione fructuum perceptorum & percipiendorum excusationem præstet,

Richter. *Cons. 414. n. 16. vol. 2.*

præprimis cùm malam fidem ex errore haud induci incomperto sit,

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 11. cap. 5. axiom. 3.*

Welchem

Welchem allen zu Folge in acht zu nehmen / daß vorangeregte Regula 15.
in L. 19. de R. J.

quoad hunc contractum dahin zu limitiren / es habe sich der Emptor zur Gnüge vorgesehen / wann er qualemqualem curiositatem, hoc est, à supinâ ignorantiâ liberam in acht genommen; Jngleichen entstehet in præsenti Contractu bey dem Emptore alsdann mala fides ex culpa, wann ihme vorgeworffen werden kan / er seye wissentlich in emptione rei alienæ verfallen.

L. 34. §. 3. de contrah. empt.
Guzmann. *laudat. tract. quæst. 13. n. 133. & quæst. 23. n. 39. & mult. seqq.*

CONSILIUM seu RESPONSUM *V.*

An Dominium directum etiam in Fœminas transeat, hæque etiam Feudorum Regalium & clientelæ sint capaces?	Ob der Obereigenthum auch dem Weibl. Geschlecht / wie auch Land- und Herrschafften benebenst der Schutz-Gerechtigkeit angedeyhe?
An etiam in Subfeudis nec non Feudis ex pacto & providentia succedant?	Ob solche auch in denen After- und Mann-Lehen succediren?
Expectativa quale Jus in Subfeudo tribuat?	Was vor Recht aus der Anwartung eines Asterlehns erwachse?
Quid Juris, si Domino sine prole masculâ decedente illud ad Dominum primum devolvatur?	Was Rechtens seye / wann bey Abgang des Lehenherrns ohne Männl. Erben das After-Lehn dem Ober Lehenherrn anfält?
An Feuda Imperii consolidationi sint obnoxia,	Ob bey denen Reichs-Lehen die Vermischung des Eigenthums

& cum Subfeudis inde dependentibus Subvasallo acquirantur? — statt finde / u. selbige nebst denen davon dependirenden After-Lehen auf den After-Lehemann verfallen?

SUMMARIA.

1. *Dominium directum semper penes Dominum infeudantem remanet, in quonam consistat, & an etiam in fœminas transeat?*
2. *Utile Dominium unacum directo ante infeudationem est penes Dominum feudi, factâ autem infeudatione utile ex directo fluit & ad recognitionem obligat.*
3. *Ascendentes etiam filiabus benè prospicere naturaliter obstringuntur.*
4. *Feudum Domino apertum filiabus illius potius genealogiæ, in qua sunt, quam extremæ cognationi concedi debet.*
5. *Dominium directum non dependet à Jure & Optione Vasalli, & proinde Dominus Vasallo juramento fidelitatis haud est devinctus.* Ampliatur n. 26.
6. *Jura personæ Domini acquisita ad Heredes pleno jure transmittuntur, & præviis multis successionibus legitimi tandem successores existentes, primi defuncti heredes effecti censentur.*
7. *In Ducatibus & Comitatibus an fœminæ succedant?*
8. *Juxta communem opinionem fœminæ in feudis Regalis dignitatis succedunt.* Restringitur n. 14. 19. 21. 23. 24. 27. 32.
9. *Idq́ etiam consuetudine multo magis privilegio Imperatoris effici posse, exemplis comprobatur.*
10. *Feuda non ex Domini, sed Vasalli patrimonio convenientia, clientelæ magis, ad quam etiam fœminæ admittuntur, quam feudi naturam habent.*
11. *Subinfeudantis jus respectu primi concedentis est utile, respectu Subvasalli verò directum.*
12. *Status Imperii quomodo Regalia possideant?*
13. *Quando jus Domini est feudale per solos acquirentis masculos succeditur.*
14. *Fœminæ ad successionem Bonorum Feudalium non aspirant,*

idq́

idq; ampliatur, & in Camerâ etiam servari ostenditur.

15. *Feudum ex pacto & providentiâ saltem eos admittit, qui de gente & familia participant, nomenque primi acquirentis tuentur, ubi & ratio additur.*

16. *Idque etiam in Regalibus feudis in Imperio observatur, cùm feuda statuum pleraq; sint ex pacto & providentiâ & pro talibus etiam præsumptio in Camerâ capi soleat.*

17. *Refertur formula solennis infeudandi in Imperio usitata.*

18. *Primævus feudi status inspiciendus & investituræ tenor controversiæ feudalis certissima norma est, cumprimis quando observantia & Aulæ Imperialis authoritas concurrit.*

19. *Interdum etiam fœminæ in Ducatibus & Comitatibus, sed rarò tamen admittuntur, neque hoc in consequentiam trahi debet.*

20. *Expectativa jus succedendi potentiale tribuit, tametsi Vasallus liberos habeat, adeò ut heredes quoq; illius transmissione fruantur.*

21. *Dominium directum manet penes infeudantem in jure Domini allodiali, haud vero feudali, hactenus ut hoc fœminis pateat.*

22. *Quilibet præsumitur sese jure communi conformare velle.*

23. *Vasallo non licet in præjudicium Domini à prima investitura recedere, nec jure prohibitivo una ex parte renunciari potest, & cur pro odiosa habeatur successio fœminina?*

24. *Licet nec Masculorum nec Fœminarum mentio expressio fuerit facta, fœminæ tamen, cur non admittantur?*

25. *Sententia à veris juris fontibus abhærens non admittenda.*

26. *Vasallus strictius Domino obligatur, quàm Dominus Vasallo.*

27. *Dominium directum ad filias decedentibus Vasallis non transmittitur, quando is, qui feudum concessit, illud ab alio recognovit, ubi simul ratio subnectitur.*

28. *Nulla mutatione juris communis superveniente ab ejus placitis haud receditur, nec suffragiorum multitudini semper tuto credendum.*

29. *Appellatio Patrimonii & Bonorum à feudi natura est distincta, cumprimis si diversitatis* ratio

ratio apparet, licet laxior bonorum acceptio etiam ad feuda extendatur.

30. *Quoad modum succedendi extensio hæc ad feuda quodammodo valet, nisi speciali feudorum provisione aliud receptum, quod porro declaratur.*

31. *Insignis est diversitas inter regna & provincias merè hereditarias sive allodiales, & è contra charactere feudali præditas, in quibus posterioribus jus feudorum commune servatur.*

32. *Localis consuetudo circa fœminarum admissionem est attendenda, dummodo liquidò & specificè haud verò per conjecturas probetur. Quinam testes desuper admittendi?*

33. *Consuetudine deficiente soli masculi duntaxat in feudo succedunt.*

34. *Transactio Juris antea competentis remissionem inducit.*

35. *Secundum præsentem haud præteritum statum res determinanda.*

36. *Fœminæ juris clientelæ sive advocatiæ non aliter sunt participes, quam si in regimine alicujus imperii, regni, ditionis aut urbis existunt.*

37. *Obligatio ad fidem reciprocam & mutua officia inter Dominum & Vasallum ex contractu feudali oritur, & quando vicissim tollatur?*

38. *Feudum est jus cohærens personæ instar usufructus, qui morte finitur; Feudalis & allodialis usufructus quomodo differant & inter se conveniant?*

39. *Obligatio Vasalli non est absoluta sed relata ad rem in feudum acceptam respiciens & qualitate rei substantiali deficiente ipsa obligatio corruit.*

40. *Obligationes personales seu certam familiam concernentes eam non egrediuntur, nec successorem singularem, cujusmodi etiam est successor in feudo, comitantur.*

41. *Ad constitutionem Subfeudi consensus subinfeudantis requiritur & quomodo declaretur?*

42. *Subinvestitus non primi Senioris sed vasalli subinfeudantis vasallus efficitur, nisi sub infeudante mortuo nullis descendentibus & agnatis, relictis ab ipso Domino primo feudum recognoscere sit paratus.*

43. *Subvasallus ad servitia superiori Domino præstanda haud tenetur,*

netur, nisi in subsidium & secundariò.

44. *Conditio vasalli reddi debet tolerabilior, quia feudum est species servitutis, quod porrò extenditur.*

45. *Feudum est contractus stricti juris quoad pacta alterantia, quoad modum verò constituendi & mutuas inde resultantes præstationes bonæ fidei.*

46. *Plenum Jus Feudi ad Dominum ipso jure revertitur, nullo herede feudali relicto, ita ut incipiat pro allodiali haberi, nisi alii vicissim in Feudum detur.*

47. *Quod extenditur ad Feuda Regalia & exemplis comprobatur.*

48. *Liberum itaq; hæc pro lubitu aliis conferre, quod iterum explificatur & deducitur.*

49. *Cumprimis cum ex plenitudine potestatis pro publica utilitate vasallos etiam invitos in alios transferre liceat.*

50. *Expectativa eam involvit conditionem, si vasallus etiamnum vivens sine mascula progenie deficiat, tametsi liberos habeat.*

51. *Quid hâc in parte capitulationibus sit provisum & circa exempla animadvertendum?*

52. *Si Dominus subfeudum casu eveniente tale manere & in pristino statu conservare vult, novus quoq; vasallus ad recognitionem ejus arctari & compelli potest, quod latius probatur.*

53. *Quod si verò expectativa sine tali clausulâ reservatoriâ collata, liberum est successori feudali, utrum Subvasallum admittere velit, vel non; quæ sententia fusius firmatur.*

54. *Cumprimis cùm is, cui expectativa data neq; jure hereditario, neq; dignitatis ultimo vasallo succedat, sed ex novâ superioris collatione ad eam adspiret.*

55. *An etiam hoc obtineat, quando non ipsum feudum sed res quædam singularis jure subfeudi concessa.*

56. *An Subfeuda etiam ad Feuda Regalia extendantur? quod affirmatur & dissentientibus respondetur.*

57. *Domino sine prole mascula decedente obligatio inter ipsum & vasallum exspirat, nisi ad supremum Dominum Feudi hoc ipsum revertatur, isq; alteri exspectativam dederit.*

58. *Huic enim liberum est, illud in subfeudum concedere aut*

 princi-

principali feudo unire, nisi aliud in expectativâ expresse provisum.

59. *Gratiæ Domini vel novi vasalli se submittere tenetur, qui juris conservationem vel restaurationem exoptat.*

60. *Quid ad Textum.* 2. Feud. 9. *respondendum remissivè docetur, & hodierna praxis adducitur.*

61. *Æquitas in rebus feudalibus locum non habet, quando aperto jure quid decisum.*

62. *Beneficia Feudorum mortuo sine liberis Vasallo extinguuntur, & quid subvasallo tali casu incumbat?*

63. *Usufructuario plenum rei dominium vi consolidationis acquiritur, cujus vices vasallus hactenus sustinet, & talis esse desinit quando in ejus personâ jus proprietatis & vassalagii conjungitur.*

64. *Domino scilicet sine heredibus decedente, quo casu vasallus omnia emolumenta jure plenæ proprietatis percipit.*

65. *Consolidatio sive in personâ Domini sive vasalli contingat, favorabilis est, quod latius firmatur.*

66. *Concursus Dominii directi & utilis rem novam non efficit, sed unam eamdemq; relinquit.*

67. *Dominus & vasallus judicantur ad paria, quod porrò ostenditur.*

68. *Bona allodialia liberæ Domini dispositioni subjacent.*

69. *Feuda regalia à Consolidatione prorsus sunt immunia, cùm Bonis Dominialibus accenseantur, & quæ talia reputentur.*

70. *Subfeuda non trahunt ad se feuda regalia, quod pluribus investigatur.*

71. *Feuda regalia à solo Imperatore dependent, & in numero sacrosanctorum continentur, nec non speciali concessione indigent, & Comitibus quoq; patent.*

72. *Haudquaquam tamen consolidari possunt, cum non sunt in commercio.*

73. *Ratione exercitii possunt etiam aliis competere, sed non ratione substantiæ, & proinde cum jurisdictione omnigenâ inferiori non acquiruntur, quod porro deducitur & contraria diluuntur.*

74. *Frustranea est exclusio in defectu*

fectu juris ad alterius exclusionem tendentis.

75\. *Æquiparatio Domini & vasalli haud promiscuè locum obtinet.*

76\. *Prohibito uno omnia censentur prohibita, per quæ ad illud pervenitur.*

77\. *Dos & Legitima ex feudo regali non debentur, nisi allodialia bona prorsus deficiant, aut in illius comparationem hæc sint impensa.*

SPECIES FACTI.

ES hat Titius Herr zu Niederwinden auf St. Peters Tag An. 1493. vor sich und seine Gebrüdere und Gevettere zu einen stäten und ewigen Verkauff verkaufft und zu kauffen gegeben Cajo einem von Adel und allen dessen Erben das Schloß zu Nida mit samt allen denen nachbenannten Zugehörungen und Nutzungen / nemlich das bemeldte Dorff Nida / und dazu gehörige Weyher / Höffe / Wälder ꝛc. mit dessen Vogteyen / Gerichten / Brünnen / mit allen ihren Rechten und Zugehörigen / und mit allen deme / das an Aeckern / Wiesen / Garten / an Holtzen / an Holtz-Marcken und allen andern in dem darüber aufgerichteten unten copialiter beygelegten Kauff-Brieff enthaltenen Stücken und Pertinentien, und zwar für freyes und lediges Eigen um drey tausend und fünff hundert Gulden Rhein. Wehr. die sie Verkauffere mit gantzer Zahl eingenommen haben / auch sie Herren zu Niederwinden gewähret für sich selbsten und als Vormündere ihres Bruders verlassener Söhne und ihre Erben und Nachkommen und allermänniglich obbemeldtes Schloß und Dorff mit allen dessen in solchem Kauff-Brieff benahmsten Stucken und Pertinentien andere unversetzt / unverkummert / und für frey lediges Eigen / und da dem obbenannten Käuffer Cajo oder seinen Erben an dem bemeldten Schloß und Dorff oder einen dazu gehörend und vor davon unterschieden / Irrung oder Eintrag beschehen sollte / wie oder von wem das herrühre / so haben sie Herren Verkäuffere geredet / und versprochen vor sich und alle ihre Erben und dero Nachkommen / bey ihren guten und wahren Treuen / an Eydes statt / Ihnen das an allen Enden / Stätten und Gerichten

auf

auf ihre eigene Kosten und Schaden zu vertretten / und ohnansprüchlich zu machen / so offt und dick ihnen das Noth thut / ohne alle Gefährde / worüber sie Verkauffere dem Käuffer zu mehrerer Sicherung zu Wehr-Bürgen gegeben und gesetzet / auf den Fall sie säumig seyn würden / und nicht thäten als vorstehet / dergestalt und also / daß er und seine Erben gut Macht haben sollen die Bürgen alle oder eines Theils unter ihnen ein Leistung zu machen gen N. N. oder N. wo ihnen beliebt / auf die Art / wie in der Beylag mehrers begriffen / und die darinnen benahmste Bürgen sich also verschrieben; Uber dieses alles auch hat Käuffer für sich und seine Erben denen Verkäuffern und deren Erben und Nachkommen solchen Willen und Freundschafft bewiesen / daß das obbemeldte Schloß und Dorff mit aller seiner Zugehör- und Eingehörung und Pertinentien, wie in diesem Brieff begriffen / nach zehen Jahren zu ewigen Zeiten und eines jeden Jahrs besonders auf St. Petri Tag ad Cathedram genannt / wohl wiederum drey tausend und funff hundert Gulden ehegenanntl. Wehrung von ihme und seinen Erben kauffen mögen / aber davor nicht; Jedoch wann sie Verkäuffere oder deren Erben solchen Wiederkauff thun wollten / da sollen sie oder deren Erben ihme Käuffern oder seinen Erben vor denselben St. Peters-Tag ad Cathedram genannt ein gantz Jahr oder ehe / mit ihren versiegelten Brieffen zu Haus und zu Hoff redlichen verurkundigen / und dann darnach über ein Jahr auf St. Peters-Tag ad Cathedram genannt ihme oder seinen Erben des Kauff-Gelds der drey tausend und fünff hundert Gulden vorgenannter Wehrung oder 14. Tag darvor oder 14. Tag darnach / ungefähr zu N. N. oder N. zu bezahlen / alsdann solte er Käuffer oder seine Erben ihnen Verkäuffern oder deren Erben das obbemeldte Schloß mit aller in dem Kauff-Brieff specificirten Zugehör- und Eingehörungen wieder eingeben und zu ihren Händen stellen: und alle arme Leute ihrer Pflicht ihm zugethan wieder ledig zehlen / daß eines mit dem andern zugehe / ob aber geschehe / daß sie Verkäuffere oder deren Erben dem Käuffer oder seinen Erben verkünden / daß sie den Wiederkauff / wie obstehet / thun wollen / und ihnen das Geld nicht geben Ausweiß solchen Kauff-Brieffs / was dann

sie

sie des Schaden nehmen / es wäre gegen denen / den sie ihr Geld zu leihen versprochen / oder darum kaufft hätten / oder in andere Wege / wie der Schaden herkomme / doch daß redlicher und ungefährlicher Schad hieß und wäre / denselben allen sollen und wollen sie ihnen mit Danck gemeldten Kauff-Geld auch ausrichten und bezahlen / ohne ihren und ihrer Erben Schaden / wo sie aber das nicht thäten / so sollen sie Macht haben / sie darum in vorgeschriebene Weise einzumahnen / welche es / wie obstehet / leisten sollten. Nachdeme nun der Herr Käuffer / Krafft solchen Kauffs / in die Possession solchen Guts und dessen Pertinentien gelanget / ist so wohl derselbe / so lang er gelebet / als auch nach dessen tödtlichen Hintritt dessen Männl. Posterität in ruhigem Genuß und Besitz solchen Schlosses / Dorffs und dessen Pertinentien geblieben / auch von denen Herren von Niederwinden nach verflossenen 10. Jahren kein Einstand oder Widerkauff begehret / wodurch so wohl der Käuffer als dessen Erben occasioniret werden / das Schloß Nida cum Pertinentiis nicht nur zu verbessern / neue Gebäue darinnen zu setzen / das Dorff mit neuen Häusern und Innwohnern zu vermehren / und in die darum liegende grosse unfruchtbare Waldungen Häuser zu bauen / selbe auszuräuten / Aecker und Wiesen daraus zu machen / und darauf nicht nur mit Unterthanen zu besetzen / sondern auch von benachbarten von Adel und andern Leuten noch mehr Güter und Unterthanen dazu zu erkauffen / und dieses Corpus zu vermehren und zu verbessern / daß endlich ein Ambt daraus worden; Welche stattliche Melioratio dann einem von denen mehr-bemeldten Herren von Niederwinden Lust gemacht / die Wiederkauff an des Käuffers hinterlassene drey Enckelein Männl. Stammes / nemlich Caspar, Melchior und Balthasar, und zwar in Anno 1625. um den alten Preiß zu suchen; als diese Possessores aber solch Schloß und Dorff cum Pertinentiis keines Weges aus dem Fundament abtretten wollen / um willen es gantz in einen bessern Stand und Ertrag als in Anno 1493. gewesen / auch die Herren von Niederwinden ihr in solchem Kauff-Brieff vorbehaltenes Wiederkauff-Recht nicht in tempore gesucht / sondern indeme sie so wohln den Cajum als dessen Söhne und Enckelein über ein gantzes Seculum

in der ruhigen Possession gelassen / mithin ihr gehabtes Jus selbsten negligiret / seynd obermeldte Herren von Niederwinden zugefahren / und haben des Caji obbemeldte Enckelein nicht nur mit Gewalt aus dem obbenannten Schloß und Dorff getrieben / sondern auch selbsten Possession so wohl von dem Schloß und Dorff / als dessen übrigen Gütter und Pertinentien allen genommen / und selbe usufructuiret / da dann einer von diesen Cajischen Encklein nacher Wien gereist / die Sache bey dem Käyserl. Reichs-Hoff-Rath ex capite spolii anhängig gemacht / und zuwegen gebracht / daß denen spolirenden Besitzern des Ritter-Guts Niederwinden per Mandatum sine Clausula anbefohlen worden / solch mit Gewalt & ita via facti contra Constitutiones Imperii eingetrettenes Ritter-Gut sogleich hinwieder zu quittiren / denen Spoliatis einzuraumen / und da sie Spolianten ratione des angebenden Wiederkauffs einigen Anspruch zu haben vermeynten / sich mit dem ordentlichen Weg Rechtens zu ersättigen; Allein die Spolianten haben dieses Mandat keines Weges respectiret / und weder den Ritter-Sitz noch das Gut selbsten quittiret / vielmehr aus Beysorg / daß sie dasselbe bald wiederum quittiren müssen / starcke Geld-Summen von denen Unterthanen erpresset / die eingegangene Zehend und andere Früchte über den vorhanden gewesenen Frucht-Vorrath versilbert / und welches das beschwehrlichste / die zu solchem Ritter-Gut vorhandene Waldungen (in welchem jedoch der gröste Theil der jährlichen Intraden solchen Guts bestehet) verösiget und umgehauen / und das darauf erlöste Geld zu sich genommen / jedoch ist auf ihre bey ob hochermeldtem Reichs-Hoff-Rath eingebrachte Exceptiones Sub- & Obreptionis nach Verfliessung etlicher Jahre nach denen in Possessorio hinc inde gewechselten vielen Schrifften eine Paritoria dahin ergangen: daß die Spolianten schuldig seyn sollen denen Spoliatis obbemeldt Ritter-Gut cum Pertinentiis nechst Restitution aller muthwillig verursachter Kosten und Schaden & ita cum omni causa zu restituiren / reservato Petitorio, so viel den Wiederkauff der in dem Kauff-Brieff benahmsten Stücke betreffend; Als nun die Spoliaten ihre Schaden-Klag bey mehr hoch-ermeldten Reichs-Hoff-Rath übergeben / und Designatio-

signationem Expensarum produciret / worüber hinc inde nicht nur beederseits von Neuem viele Schrifften gewechselt / und also 20. Jahre darüber verflossen / und die Spoliati, daß die Spolianten ihnen vor die in so langer Zeit von dem Ritter-Gut malâ fide erhobenen Nutzungen und frivolè verursachten Unkosten auf die 30000. Gulden zu ersetzen liquidiret hat / sich ergeben / daß / weilen solcher Procefs von beyden Theilen mit grossem Eifer getrieben / in so langer Zeit gar viel und so grosse Unkosten aufgewendet worden / kein Theil mehr solchen sehr kostbaren Procefs fort und zu Ende zu führen / dazumalen / wann in puncto Liquidationis fructuum perceptorum gesprochen / jedoch die Spolianten erst den Procefs in Petitorio abermalen kostbarlich anfangen / und die Spoliati den von Neuem ausstehen müssen; Capable war an Seiten der Spolianten auch zu bedencken / daß / wann sie denen Spoliatis die liquidirte 30000. Gulden bezahlen sollten / sie nicht nur keines Weges solvendo, und ob sie auch solvendo, jedoch das mit Gewalt occupirte Ritter-Gut cum Pertinentiis denen Spoliaten wieder abtretten / und also nebst Verlust so viel baaren Geldes / jedoch kein Gut haben würden / und erst noch wegen suchenden Widerkauffs des jenigen Schlosses und dazu gehörigen Pertinentien, so in dem Kauff-Brieff de Anno 1493. enthalten / einen neuen kostbaren Procefs, dessen Exitus dubius, anheben und fortführen müssen / also haben beede diese litigirende Theil auf Interposition verschiedener Cavalliers sich endlich und nach gehabten vielen Conferenzen den 20. Febr. 1652. Besag Extract-Vertrags dahin verglichen / daß die Spolianten denen Spoliaten nicht nur das Schloß / Dorff und Ambt zu Nida cum Pertinentiis so balden wieder abtretten / (wie dann solches so balden darauf geschehen) hingegen solch gantzes Corpus nichts davon ausgenommen / von den Spoliatis und deren Männl. unehelich gebohrne Descendenten der Herrschafft Niederwinden / als ein Adelich Ritter-Mann-Lehen nach Adel. Lehens-Recht und Gewonheit conferiret werden / gleichwohl ihnen des Caji Männl. ehelichen Erben Stammens und Nahmens zugelassen seyn sollen / einen aus ihrem Geschlecht nach Belieben zu einen Lehenträger jederzeit zu erwählen / welcher in

 ihrer

ihrer aller und der übrigen Namen die Lehens-Gebühr bey dem Lehen-Hoff zu Niederwinden erstatten / worinnen sie auch so wohl deren Recognoscir- Requirir- und Lehens-Pflicht-Leist- auch Bedienung und Tax halben gleich anderen Niederwindischen Adelichen Lehen-Leuten gehalten werden sollen.

Nachdeme aber der Punctus Liquidationis & Expensarum, als sehr weitläufftig und wichtig / darmit noch nicht völlig gehoben worden / sondern derentwillen neue Conferenzien angehoben / hierzwischen aber die Belehnung unterblieben / so ist doch auch auf Interposition Friedliebender Cavalliers den 12. Julii 1662. Besag Extracts ein Vergleich dahin geschlossen worden; Daß (1) die in Anno 1652. verglichene Belehnung ihren Fortgang nunmehro erreichen; Auch (2) die gantze Niederwindische Liquidation und alle davon ergrieffene Prætension, wie die Nahmen haben möge / zusambt der am Käyserlichen Hof angehängten Rechtlichen Process gar und gäntzlich cassiret und aufgehoben seyn solle; (3) Daß auf den erfolgenden Abgang gesambten ehelichen Manns Stammes und Nahmens des Caji das Schloß und Ambt Niederwinden mit aller jetziger und künfftiger Melioration, allen Rechten und Gerechtigkeiten nichts ausgenommen / der Herrschafft Niederwinden wieder zurück und heimfallen solle: Worbey auch verglichen worden / daß bey Abgang und völliger Expirirung des Caji Männlichen Stamms dem Weiblichen Geschlecht dasjenige was in solchem Vortrag gemeldet zur Satisfaction gereichet werden solle / worauf denn auch dem Cajo von dem Herrn zu Niederwinden den 31. Junii 1665. solch Schloß / Dorff und Ambt Niederwinden cum Pertinentiis zu einem rechten Ritter-Mannlehen conferiret / und damit besagter Beytrag würcklich belehnet / auch sein Caji Männl. Erben auf eben die Weiß fort und fort biß auf den jetzigen Possessorem belehnet worden; Nachdeme aber die Sache anitzo in dem Stand ist / daß der Lehen-Herr nicht nur keinen Sohn auch wegen obhabenden hohen Alters keinen Männlichen Erben mehr zu hoffen / hingegen verschiedene Töchter im Leben hat / denen das Eigenthumb heimfällt / dessen Feudal-Gütter aber dem Reich und übrigen Lehen-Herrn apert

werden;

werden; Also verlanget der Cajus auf den Fall / wann sein im hohen Alter stehender Lehen-Herr dieses Zeitliche / ohne Hinterlassung Männlichen Erben / geseegnen sollte / ein wohl elaborirtes Responsum Juris cum Rationibus Dubitandi & Decidendi über diese Frage: Ob 1.) Er Cajus so dann von denen hinterlassenen Niederwindischen Töchtern das Ambt Nida cum Pertinentiis als ein Lehen fort zu empfangen / (wie daß dieselbe es verlangen sollen / er äusserlich vernommen) de Jure verbunden; Oder ob 2.) dessen absterbenden Lehen-Herrn zu Niederwinden Successor in die übrige Bona Feudalia nahmlichen / derjenige / deme die gantze Herrschafft Niederwinden / so viel daran nicht allodial ist / mit allen Rechten und Regalien als ein Feudum novum von dem Ober-Lehen-Herrn per Expectativam zu Lehen verliehen ist / besagtes Ambt Nida cum Pertinentiis für Lehen halten und ansprechen könne? mithin der Cajus dem novo Domino und Possessori der Herrschafft Niederwinden nexu Fidelitatis obligiret bleibe; und das Ambt Nida jure Subfeudi von ihme recognosciren müsse? Oder ob 3.) nicht vielmehr auf den tödtlichen Hintritt mehr ersagten Herrn von Niederwinden das directum und utile Dominium deß Ambts Nida consolidirt werde / solchemnach der Cajus als bißheriger Dominus utilis solches jure pleni Dominii, und als ein per consolidationem von der qualitate feudali gäntzlich purificirtes freyes Eigenthumb überkomme / mithin es als ein Allodium mit Ausschliessung deß Niederwind. neuen Lehen-Folgers auf seine Männl. und Weibl. Posterität erblich bringen oder gar alieniren / und sonst nach Gefallen darmit disponiren / auch einen andern zu Lehen auftragen könne; 4.) Was Cajus in dictum Casum aperturæ für Mittel zu Bey-Behalt / so wohlen denen Niederwindischen Allodial-Erben für Exceptiones entgegen stehen / als auch / was wider den novum Successorem in der Niederwind. Bona Feudalia für remedia vorzukehren?

RESPONSUM.

Als uns Hof-Richter / Räthen / Assessoren des Hoch-Fürstl. Heßischen Sambt Hof-Gerichts zu Marburg ein gewisse Facti Species mit Beylagen sub numeris 1. 2. 3. und 4. zugeschickt / und über die daraus gezogene vier Fragen ein Responsum Juris cum Rationibus Dubitandi & Decidendi mitzutheilen angesonnen worden / so haben wir alles mit behöriger Sorgsamkeit überleget / und darauf nachstehende collegialiter beliebte Rechts-Belehrung mittheilen wollen. Anreichend dann die

Erste Frage:

1. So will es das Ansehen gewinnen / als wann Cajus von denen Niederwindischen Töchtern das Ambe Nida cum Pertinentiis, als ein Lehen / künfftig zu empfangen gehalten seye.

RATIONES DUBITANDI.

Nerwogen das jenige Recht / so einem Lehen-Herrn bey Ertheilung eines Lehens beybehalten wird / das vornehmste Stuck seines Vermögens auszumachen / mithin nicht nur dem Männlichen / sondern auch dem Weiblichen Geschlecht anzugedeyhen scheinet / Dominium enim directum, uti penes infeudantem remanet,

2. Feudor. 23. in fin.
Cacheran. *decis. Pedemont. 26. n. 9.*
Curtius Junior *Cons. 174. n. 25.*

& in jure proprietatis, nec non facultate alienandi consistit,

L. 52. §. 10. ibi: deinceps rem propriam habebit pro socio.
L. 13. princip. de acqu. rer. Domin.
L. 1. C. de fund. dotal.

eâque de causâ ceu vendibile reputatur,

Besold.

Besold. *Conf. 93. n. 95. part. 3.*

ita etiam potiſſimam partem patrimonii, & deinceps rerum hereditariorum conſtituit,

L. 49. de V. S.

Adeò ut in liberos ſine ſexus diſcrimine ſtatim & ipſo jure transeat,

L. 11. de lib. & poſth. hered. inſtit.

Barthol. & Dd. *in l. 45. de cond. & demonſtr.*

vel ipsâ quoque naturâ fœminis aditum ad jura paterna laxante,

§. 5. Inſt. de exhered. liber.

ac proinde non tam hereditas jacens, quam proprium liberorum patrimonium dicatur;

L. 10. §. 2. de vulg. & pup. ſubſt.

Everhard Jun. *Conf. 29. n. 2. vol. 2.*

Gail. *lib 2. de pace publ. cap. 19. n. 16.*

Und da ſolcher Geſtalt bey künfftig ſich ereigenden Fall / denen hinterbleibenden Niederwindiſchen Töchtern der Ober-Eigenthumb des Ambts Nida cum Pertinentiis anfällt / Cajus alsdann daſſelbe als ein Lehen von denenſelben zu empfangen / ſich zumal nicht entbrechen kan / bevorab da auch die Anwartung des utilis Dominii, in Abſicht des Dominii directi, vorher bey ihnen geweſen / 2.

2. Feud. 39. ibi: ad quos beneficium quandoq; reverſurum.

Weſenb. *Conf. 221. n. 7. part. 5.*

auch welchem dieſes nachgehends zuwächſet / von ſelbigem auch nothwendig recognoſciret werden muß / cùm Dominium directum ſemper ad ſe trahat utile, & renovationem inveſtituræ expoſtulet,

2. Feudor. 40.

ex illo etiam hoc tanquam effectus fluat.

Cacheran. *Conf. 26. n. 16.*

Um ſo mehr / da 2.) des Lehen-Herrns Will und Meynung dar- 3.
mit

mit gleichfalls übereinkombt / indem von ihme die Gedancken zu schöpffen / er habe auch dero Zeit denen Töchtern zum Besten sothanen Ober-Eigenthumb / dessen Art und Eigenschafft nach / gegönnet und vorbehalten / naturali siquidem stimulo ascendentes, ut de his quoque benè cogitent, compelluntur;

L. 32. §. ult. de Excus. tutor.

Neque quicquam prætermisisse præsumuntur, quod modo in commodum liberorum vergit

Sixtin. *Cons. Marp. 13. n. 16. vol. 2.*
Mascard. *de Probat. conclus. 1149. n. 12.*

præprimis cùm omnes contrahentes, & cumprimis ascendentes, non sibi saltem, sed & hæredibus suis prospicere voluisse censeantur,

L. 9. de Probat.
Gomez. *lib. 2. resolut. 11. n. 12.*

tametsi nulla horum mentio facta fuerit,

L. 38. princ. de V. O.
L. 13. de contrah. stip.
Carpzov. *J. F. part. 2. const. 20. def. 1. n. 1.*

cum qua tacitè insunt, expressâ commemoratione opus non habeant;

L. 56. §. 1. de V. O.
L. 3. C. de fidej.
Schurff. *Cons. 49. n. 3. & 4. cent. 1.*

4\. Welche Meynung dardurch 3.) mercklich unterhalten wird / daß einige Rechts-Lehrer in den Gedancken stehen / quòd feudum Domino apertum, facilius filiabus illius Genealogiæ, in quâ sunt, quam extraneæ Cognationi concedi debeat, ceu inter alios quoque sentit

Wurmser. *Observ. pract. lib. 1. Observ. 7. n. 2.*

An welchem allen 4.) desto weniger zu zweiffeln / da auch eine kundbare Disparität inter jus Domini & Vasalli zu verspüren / indem dieser

dieser allein seinen Gerechtsam einig und allein der Gutthätigkeit des Lehen-Herrns beyzulegen / hingegen aber das dem Lehen-Herrn verbleibende Dominium directum à Vasallo keines Weges herrühret / noch die geringste Dependenz hat / anbey auch dem Domino einen Vasallum nach Belieben zu erwählen frey bleibet / hingegen aber vom Vasallo, daß er den Lehen-Herrn erkieset habe / gar nicht kan gesagt werden / auch dahero die Ursach entstehet / warum dem Domino directo mit gleichmäßigem juramento fidelitatis sich dem Vasallo verbindlich zu machen nicht zugemuthet werden könne.

Julius Clarus *lib. 4. recept. sentent. §. Feudum. quæst. 70.*
Mynsing. *Respons. 7. n. 8.*
Wesenb. *Consil. 212. n. 40. part. 5.*

Und wäre demnach gar nicht thunlich / daß das in des Lehen-Herrn Person von sich selbsten bestehende Dominium directum dessen Töchter entzogen werden sollte / in jura enim personæ Domini semel acquisita heredes pleno jure succedunt, 6.

L. 10. §. 1. de hered. petit.
L. 119. de V. S.
L. 62. de R. J.

in tantum, ut qui præviis multis successionibus, legitimi tandem successores existunt primi defuncti heredes secundum juris dispositionem, effecti censeantur.

L. 65. l. 170. de V. S.
Goedd. *Cons. Marpurg. 28. n. 32. vol. 1.*

Und ob man gleich 5.) vorkehren wollte / daß des Lehen-Herrns Titii Land- und Herrschafften gleichfalls mit einer Feudal-Qualität afficiret seyen / indem er solche / wie der Facti Species und die daraus gezogene Fragen zeigen / vom Reich und andern zu Lehen trüge / und bey begebenden Fällen von Neuem wiederum muthen müste / zur Gnüge aber bekandt seye / quòd in dignitatibus, ut Ducatibus & Comitatibus fœminæ haudquaquam succedant. 7.

Cacheran. *decis. Pedemont. 26. n. 9.*

So ist doch hierauf zu wissen / quòd feuda cumprimis verò regalia ad instar Patrimoniorum, quantum ad successionem hodiè sint redacta, uti notabiliter tradit

Guido Papa *decis. Grat. 59. n. 2. & Cons. 18. n. 7. nec non Cons. 214. n. 7.*

à successione autem patrimoniali fœminæ haudquaquam arceantur;

Novell. 118. cap. 1. & 2.
L. unic. C. und. vir. & uxor.

8. Anjetzo 6.) nicht zu gedencken / daß auch viele in der Meynung stehen / quòd Fœminæ à Successione in Regnis, Comitatibus & aliis Dominiis regalium & jurisdictionis administrationem habentibus, deficientibus masculis, non sint simpliciter exclusæ; Ja es will gar dahin gerathen / quasi communis sit opinio, fœminas in feudo dignitatis regalis succedere, & Regni, Marchionatus, alteriusve dignitatis capaces esse posse, ceu magnum Interpretum Catalogum in Consiliis, Decisionibus & Tractatibus ita statuentium recenset

Klock. *Cons. 7. n. 352. & seqq. tom. 1.*

9. Sonderlich aber ist 7.) kein Zweiffel / quòd etiam consuetudine effici possit, ut dignitatum quoque regalium fœminæ defunctis masculis participes efficiantur, ceu in terminis comprobant

Loffredus *Cons. feudal. 39. n. 30.*
Cacheran. *Cons. 38. n. 32.*

Idque multò magis privilegio Imperatoris fieri posse nominatim ostendit

Curtius Junior *Consil. 1. n. 23.*

Quia & fœminarum nonnunquam admissarum exempla speciatim recenset

Portius Incol. *Cons. 1. n. 49. & seqq.*

plures

plures autem talia referentes adducit

Klock. *dict. loc. n. 358.*

Da auch 8.) und Letztens in reiffe Consideration gezogen wird / 10.
daß gleichwohl Caji Vorfahren das Schloß zu Nida sambt allen Zugehörungen und Nutzungen / Dörffern / Weylern / Höffen / Wäldern und dergleichen um drey tausend und fünff hundert Gulden Rheinischer Wehrung im Jahr 1493. an sich erkauffet / wie die sub n. 1. anliegende Copia Kauff-Brieffs klar im Munde führet / dasselbe auch über ein gantzes Seculum, und dergestalt nach deme allein auf zehen Jahr vorbehaltenen vorlängst aber erloschenen Wiederkauff / als ihr erb- und eigenthumlich Gut eingehabt / genossen und besessen / gleichwohl aber endlich die Sache wiederum in einen andern Stand / und zwar dahin gerathen / daß dasselbe nach zweyen im Jahr 1652. und 1662. errichteten Transacten der Lehenschafft und zwar im Jahr 1665. unterworffen worden / nach Besag der Beylagen sub n. 2. 3. & 4. so scheinet dadurch mehr ein Clientel und Protection als eigentliche Lehens-Pflicht erwachsen zu seyn; Feuda siquidem, quæ non ex Domini sed Vasalli patrimonio proveniunt, Clientelæ magis & Protectionis, quam Feudi naturam habere videntur, ceu cum Wesenbecio & Rosenthalio ingeminat

Besold. *Cons. 57. n. 87. part. 2. & Thesaur. pract. voc.* aufgetragene Lehen.

Nun ist es aber an dem / daß auch dergleichen Schutz-Vereinigung dem Weiblichen Geschlecht zu gut kommen / und davon Schirm / Sicherheit und Befreyung geleistet werden könne / wie solches der Länge nach bewähret / und die Zweiffel-Gründe auflöset

Magerus *de Advocatia armat. cap. 7. n. 210. & seqq.*

RATIONES DECIDENDI.

DEssen allen aber ungeachtet / so wird mit besserm Bestand das Ge- 11.
gentheil / und daß Cajo von denen Niederwindischen Töchtern

das Schloß und Ambt Nida künfftig zu Lehen zu empfangen / keines Weges zugemuthet werden könne / behauptet: Solches nun wohl zu begründen / so muß man 1.) genau in acht nehmen / daß Titius die Herrschafft Niederwinden nicht Jure allodiali, sondern vielmehr feudali innen habe und besitze / wie diesen Unterscheid sonderlich zu bemercken bedächtlich erinnert

Rosenthal. *de feud. cap. 7. concl. 55. n. 3.*

Und dieses dahero / weil selbiger als ein Reichs-Vasall von dem höchsten Ober-Haupt seine Land- und Herrschafften mehrentheils recognosciret / wie diese Beschaffenheit allschon vorhin ex Facti Specie angeführet worden / mithin haben Caji Vor-Eltern das Schloß und Ambt Nida anderster nicht als jure Subfeudi von Titii Anfahren einbekommen und erhalten / so daß Titii jus dominans respectu primi concedentis anderster nicht als utile, respectu verò Subvasalli quadantenus Dominium directum genennet werden könne;

Franzk. *Tract. de Laudem. cap. 14. n. 41.*

Oder wie andere wollen / quòd Dominium directum superius competat primo concedenti, inferius subinfeudanti, nec non utile superius resideat penes primum vasallum, inferius autem penes secundum, wie solche ins besondere anführet

Franzk. *d. loc. n. 20. 34. 35. & 36.*

12. Quanquam in propatulo sit Status Imperii jure quodam αὐτοκρατορίας seu proprio feuda regalia possidere;

Franzk. *d. l. n. 41.*
Myler. *tr. de Princip. German. cap. 36. n. 91.*
Bechmann. *ad A. B. Tit. 13. n. 39.*

13. Da nun Jus Titii dominans feudale, so kan ersagtes Schloß und Ambt Nida von denen Niederwindischen Töchtern zu Lehen nicht empfangen noch getragen werden / quando enim jus Domini est feudale, tum sicut in aliis feudis per solos acquirentis masculos succeditur, præsertim quando circa fœminas aliud prospectum esse probari

probari nequit;

Rosenthal. *dict. loc. n. 3.*

Allermeist da 2.) ohnedem bekandt / quod fœminæ ad successio- 14.
nem bonorum feudalium nulla ratione aspirare valeant,

2. Feudor. 11. & 36.

1. Feudor. 1. §. 3.

sive sit proprium sive conditionatum,

arg. *cap. 1. in f. 2. Feud. 23.*

cum naturalium uno mutato, reliqua secundum propriam feudi naturam salva permaneant,

1. Feud. 48. ubi passim Dd.

Borchold. *de feud. cap. 7. n. 68.*

Zasius *Epit. feudal. part. 8. n. 49.*

Vultej. *Conf. 12. n. 124. & seqq. vol. 4.*

Unde vulgò dici solet, fœminarum jus in feudis hoc esse, quod in illis nil juris habeant;

Schrader. *de feud. p. 7. c. 4. n. 1. & seqq.*

Klock. *Consf. 132. n. 58. tom. 3.*

Neque fœminæ facere possunt, ut feudum, quod masculinum est, fiat fœmininum;

Vultej. *dict. Consf. 12. n. 30. vol. 4.*

Et propterea si fœminæ prorsus exclusæ, licet ex iis descendentes adsint, feudum devolvitur ad dominum;

Cardin. Tusch. *lit. F. concl. 196. n. 2.*

adeò ut quamvis ex generali consuetudine ex feudis dotari possint, id tamen non aliter locum inveniat, quam si pater nulla alia quam feudalia bona reliquerit;

Hartmann. Pistor. *quæst. 37. n. 4. part. 2. lib. 2.*

Klock. *dict. loc. n. 59. & 60.*

Brunnemann. *Consil. 5. n. 29. & seqq.*

Atque huic regulæ fœminarum exclusivæ constanter inhærendum esse, tametsi feudum alicui & ipsius hæredibus reperitur concessum, cum Vultejo asseverat

Besold. *Conf. 212. n. 46.*

& comprobat

Pfeil. *Conf. 73. n. 11. & Conf. 78. n. 73.*

Nec non in Camerâ ita pronunciatum esse testatur

Mynsing. *cent. 5. obs. 72. n. 5. & seqq.*

15. Worbey 3.) destoweniger anzustehen / weil mehr-angeregte Herrschafften zu rechten Mann-Lehen von der Röm. Kays. Majest. und dem Heil. Reich wie auch andern jederzeit getragen und empfangen worden / feudum enim ex pacto & providentiâ sicut familiare, domesticum & gentilitium reputatur, ita etiam non alios, quam qui de gente, domo & familiâ participant, nomenque primi acquirentis tuentur, admittit

Sonsbeck. *de feud. part. 9. n. 120.*

Schneidewin. *Epit. feudal. part. 6. de success. fœmin. n. 6. & seqq.*

cùm non beneficio patris, sed primi acquirentis & majorum, sanguini obveniat, & eapropter solum filiis, haud vero fœminis ad successionem aditum laxet;

Knichen. *de Vestitur. pact. p. 1. cap. 5. n. 1.*

Kirchberg. *de feud. ex pact. & provident. cap. 4. n. 3. & seqq.*

Gail. *lib. 2. obs. 54. n. 1.*

16. Zumahl da auch 4.) im Heil. Röm. Reich ungebräuchlich / daß nach Absterben deß Manns-Stammes dem Weibl. Geschlecht der Zugang zu denen feudis regalibus eröffnet werde / neque enim apex tantæ dignitatis patitur, ut in ejus consortium fœminæ quoque admittantur;

Schüz. *Colleg. Jur. publ. vol. 1. disp. 6. th. 27. lit. B.*

Knichen. *de Vestit. pact. cap. 3. n. 9. & seqq.*

Atque hanc regulam in Germaniâ etiam nunc obtinere, astruit

Limnæus in not. ad Ottonem *de J. P. cap. 17. p. m. 572.*

ita

ita ut quia ſtatuum feuda pleraque omnia, à quibus maxima ex parte cætera dependent, ex pacto & providentia ſunt, & ferè in omnibus Germaniæ curiis communiter pacti & providentiæ feuda dari ſolent,

Pruckmann. *Conſ. 4. n. 23.*
Dec. *Conſ. 194. n. 4.*

adeò ut Cameræ quoque Imperialis deciſo præſumptionem pro ejusmodi feudis in dubio comprobatam eſſe firmet,

Mynſing. *cent. 4. obſ. 2. n. 5.*

fœminæ tantò magis ab iis arceantur, ceu latè & eleganter conſuluit

Vultejus *Conſ. 12. n. 185. & multis ſeqq.*

Womit auch nicht unklar übereinkombt die im Reich bey Empfängnüß dergleichen Lehen gewöhnliche Formul, de quâ eleganter ſcribit 17.

Pfeil. *dict. Conſ. 78. n. 71.*

In imperio, inquit ſolennis infeudandi formula hæc eſſe, conſuevit, quòd feuda ducalia & ſimilia dignitatem cum adminiſtratione annexam habentia, in vaſallum filiosque ejus ſeu maſculos heredes feudales ex ejus corpore deſcendentes auf den Lehenträger und ſeine Männliche Lehens-Erben conferantur, quod efficax ille rerum Magiſter uſus edocet, & eruditiſſimus pariter ac diligentiſſimus rerum Germanicarum Obſervator

Zaſius *de feudis p. 8. concl. 5. & part. 10. membr. 2. §. quoad delicta. limit. 1. concl. 1.*

Und kan 5.) von ſo klaren Rechten auch im Reich üblicher Obſervanz um ſo weniger abgegangen werden / da bekandt / quod primævus feudi Status ſemper ſit inſpiciendus, 18.

Præpos. *in cap. 1. n. 2. 1. Feud. 5.*
Schrader *Conſ. 14. n. 247.*

& in-

& investituræ tenor omnis controversiæ feudalis certissima norma existat;

Rosenthal *de feud. cap. 1. conclus. 12.*
Gail. *lib. 2. obs. 50. n. 15.*

ita ut nulla ejus restrictio vel extensio admittatur,

Hartmann Pistor. *lib. 2. quæst. 1. n. 4.*
Brunnemann. *Consil. 161. n. 18.*

eò magis, quo à viridi & luculentissima observantia, ea in parte concurrente, vel minimè recedi debeat,

Marcus Anton. de Amatis *decis. 21. n. 8.*
Carpzov. *lib. 2. Respons. 104. n. 6.*

neque enim morem fidelissimæ vetustatis mutationi obnoxium esse rationi congruit,

L. 18. C. de Testam.

præprimis cum supremæ Aulæ Imperialis authoritas, tali observantiæ inconcussam præbeat firmitatem & perpetuum legis robur habere præcipiat;

L. 9. & ult. C. de LL.

19. Und hindert 6.) nicht/ daß auch im Römischen Reich viele Fälle vorhanden / da denen Weibsbildern ad Ducatus & Comitatus zu gelangen verstattet worden / wie solche ex Goldasto, Knichenio & aliis referiret

Otto *de J. Publ. cap. 18. p. m. 576.*

auch andern novissimè beyfüget

Itter. *de feud. Imp. Regal. cap. 14. n. 13. & multis seqq.*

Immassen solche nicht auf einer gewöhnlichen Observanz oder eingeführten Herkommen beruhen / sondern vielmehr in denen Schrancken zu halten und zu lassen / da aus sonderbaren Umständen / und dabey ins Mittel gekommenen trifftigen und bewegenden Ursachen / durch gewisse Verträge oder ertheilte Befreyungen dergleichen Exempel,

und

und zwar nur allein bey sehr wenigen Familien geschehen / wie eruditè anziehet

Limnæus ad Ottonem *dict. loc.*
add. Rhetius *Comment. ad feud. l. 1. tit. p. 111.*

privilegia enim & pacta sunt stricti juris,

cap. 7. X. de Privil.
L. 24. de Pact.
L. 31. C. de Transact.

neque personas privilegiatas egrediuntur, vel in exemplum trahi possunt,

L. 1. §. ult. de Const. Princip.
L. 68. de R. J.

cùm in consequentiam trahi nequeat, quod singulari de causa contra consuetum morem constitutum & admissum;

L. 14. & 15. de LL.
L. 141. de R. J.
Cap. 28. de R. J. in 6to.

Und da 7.) aus der zweyten Frage sich ergiebet / es seye auch in 20.
diesem feudo tanquam in casu constituto

Vultej. *Cons. 14. n. 106. vol. 4.*

allschon ein gewisser Lehens-Folger benahmt / und selbigem die Anwartung auf die gantze Herrschafft Niederwinden / so viel selbige feudal, von dem Ober-Lehen-Herrn ertheilet worden / so werden die Niederwindische Töchter zu einer Lehens-Succession, und dahero etwa prætendirender Lehens-Empfängnuß / desto weniger Hoffnung schöpffen können; cùm enim expectativa jus succedendi potentiale tribuat;

2. Feud. 26. §. 2.
2. Feud. 33.

Domino quippe rei suæ propriæ ad se reversuræ spem firmiter in alium transferente,

L. 3. C. de donat.

tametsi Vasallus liberos habeat,

Finckelthaus. *disp. feudal. 7. quæst. 11.*

adeò ut heredes quoque hujus transmissione fruantur, & ad implendam promissionem experiri possint,

1. Feud. 9. verb. investito vel heredi ejus.

Struv. *Syntagm. Feudal. cap. 7. aph. 8.*

tantum abest, ut filiæ vasalli ullius successionis compotes fieri possint, præprimis cùm potentia in habitu idem operetur, quod potentia in actu,

Monach. *tract. de vestibus cap. 14. n. 58.*

& Jus quæsitum fortius sit quam quærendum.

Cephal. *consil. 513. n. 20. & seqq.*

Reinking. *de Retract. Consanguin. quæst. 2. n. 378.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

21. Hierauf thun die oblauts angeführte Zweiffel-Gründe im geringsten keine Hinderung / immassen der erste allein in jure Domini infeudantis allodiali, nicht aber feudali, Platz ergreiffet; Sicut enim fœminas ab allodio dominante excludi, neque jus feudale, neque ratio aut æquitas ferunt, præprimis cùm præsumendum non sit, concedentis mentem fuisse, filias ab ejus successione excludere voluisse, ceu benè monent

Rosenthal. *de feudis cap. 7. concl. 55. n. 6. & 9.*

Schrader. *de feud. part. 7. cap. 4. n. 72.*

Itaècontra fœminas ad jus Domini feudale admitti vera juris feudistici analogia haud patitur, ceu ostensum in Rat. Decid. 1. Quando enim qualitas legitimationis causa est, ut quis audiri debeat, tum eâ cessante etiam cessat juris participatio;

Cardinal Tusch. *lit. Q. concl. 17. n. 27.*

Et qui demum sub certâ qualitate successibilis est, talis esse nequit, si qualitas illa ab eo removetur,

L. 7. *princ. de capit. minut.*
Zasius *Conf. 7. n. 8. vol. 2.*

cùm in omni lege vel consuetudine, nonnisi habiles & capaces admittantur.

Schrader. *de feud. part. 2. cap. 3. n. 53.*

Wodurch aber auch der zweyte Zweiffel seine Abfertigung erhält / im- 22.
massen da die Lehen-Rechte das Weibliche Geschlecht der Feudal-Succession entsetzen / von dem Lehen-Herrn vielmehr die Vermuthung zu schöpffen / daß er sich selbigem mehr conformiren und auf eine gleichmäßige Exclusion descendiren / als seine Provision hierauf erstrecken wollen / cùm quilibet ejus mentis censeatur, ut juri communi sese conformare velit,

Sixtin. *Conf. Marp. 13. n. 26. vol. 2.*
Roman. *Conf. 516. n. 28.*

neque enim ratio patitur, ut contra jus commune ejusque placita quicquam præsumi debeat;

Wesenb. *Conf. 207. n. 29. part. 5.*

Ja es ist an dem / daß es nicht einmahl in dessen Macht beruhe / ge- 23.
gen den Ober-Lehen-Herrn und dessen erstmals ertheilte Investitur ein Widriges zu verordnen / haud integrum siquidem est Vasallo, in præjudicium Domini à tenore primæ Investituræ recedere, aut in ea quicquam mutare sive innovare;

Schrader. *de feud. part. 2. cap. 5. n. 39.*

Accedit, quòd jus, ne fœminæ in feudis succedant, sit prohibitivum, cui unâ ex parte renunciari non posse tralatitium,

Barthol. *in L. 6. de Transact.*
Jason. *in L. penult. C. de Pact. n. 16.*

præcipuè cùm maximè odiosum reputetur, si contra juris ordi-

nem & feudi naturam ad alios in investitura haud expressos Bona feudalia transire debeant.

Cravetta *Cons. 934. n. 71.*

24. Und hindert nicht / wann man vorkehren wollte / es seye nur in dem Lehen-Brieff eines Mann-Lehens / nicht aber in specie der Männlichen Successoren Erwehnung geschehen / mithin seye convenabel, daß die Töchter mit denen Masculis in gleichen Rechten stehen müsten: Benè enim & eruditè respondet

Vultejus *Cons. 12. n. 215. vers. decimum octavum. vol. 4.*

dum ait: Verum non est ex eo, quod masculorum non fiat mentio expressa, sicut nec fœminarum ei consequens esse, fœminas cum masculis in pari jure constitutas esse; satis est, hoc esse feudum, & de hoc feudo solos masculos in genere investitos esse, nunquam fœminam. In ejus quoque successione solos masculos semper admissos esse, nunquam fœminas.

25. Die bey dem dritten Zweiffel angegebene Meynung wird als denen Lehen-Rechten zuwider wohl retundiret à

Vultejo *dict. Cons. 12. n. 224. vol. 4.*

Tantum enim abest, ut talis sententia applausum mereatur, quæ à veris juris fontibus & legum præscripto abhorret,

L. 19. C. de collat.

L. 5. C. de repud.

cùm neque in forum neque in cathedram conficta & superstitiosa quædam opinio protrahi & in vilipendium Juris publicâ authoritate muniti, defendi debeat, quia potius tanquam Saturnina, hoc est omni ratione destituta, prorsus eliminanda atque rejicienda.

Mornacius & Foltmann ad *L. 2. §. 1. de Senat.*

26. So hat es auch mit der bey dem vierdten Moment angezogenen Disparität ein anders und zwar dieses Absehen / quòd Vasallus Domino strictius obligetur, quàm Dominus Vasallo, ceu fusè ostendit & exequitur

Schrader.

Schrader. *de feud. part. 6. cap. 7. n. 8. & seqq.*
Add. Borcholt. *de feud. cap. 8. n. 140.*

Dannenhero kein Schluß hieraus entstehet / daß das dem Domino verbleibende Dominium directum bey Abgang des Manns-Stamms auch auf die Töchter transmittiret werden müsse / immassen solches anderer Gestalt nicht geschehen kan / quàm si is, qui feudum concessit, non ab alio illud recognovit, sed potius de allodio suo alium investivit 27.

Schrader. *de feud. part. 7. cap. 4. n. 71. & 72.*

Da nun Titii Land- und Herrschafften von dem Reich mehrentheils Lehenrührig / wie allbereit in Rat. Decid. 1. dargethan worden / so ist auf diese Disparität gar keine Reflexion zu machen / cùm ea, quæ certo demum respectu obtinent, juris dispositionem & inde dependentem consuetum succedendi ordinem non varient,

arg. *L. 2. C. de sentent. poss. & restitut.*

& diversorum diversa sit determinatio, neque ab uno ad aliud inferri possit.

L. 10. C. de donat. inter vir. & uxor.
L. 10. C. de probat.
Brunnemann. *cons. 166. n. 61.*

Wenn bey dem fünfften Gegen-Satz vorkombt / quòd feuda hodiè ad instar patrimoniorum sint redacta, so ist solches nicht de jure communi Longobardico, sondern allein de certorum consuetudine, wovon Guido Papa handelt / zu verstehen / weswegen da ein anders so wenig bey denen feudis regalibus als andern bißhero eingeführet worden / die einmahl stabilirte Art zu succediren / in ihrer völligen Vigeur bleibet / nulla siquidem mutatione juris communis superveniente, ab ejus placitis haudquaquam recedendum 28.

L. 32. §. ult. C. de appell.

cùm ea, quæ semper certam habuerunt interpretationem, non sint in dubium revocanda,

L. 23. de Legibus.

Giurba *Observ. Messan. 50. n. 23.*

Tametsi multorum sententia eò inclinet, cùm nulli rei minus credendum, quam multitudini suffragiorum, ceu benè monet

Feltmann. *ad dict. L. 23. n. 4.*

29. Idque tantò magis asserendum, quò jam tum exploratum, quod appellatio patrimonii & bonorum, à feudi natura sit distincta & istorum appellatione simpliciter Bona feudalia non comprehendantur;

Rosenthal. *de feud. cap. 9. concl. 87. n. 3.*

Besold. *cons. 136. n. 3. & seqq.*

Cumprimis quando aperta diversitatis ratio apparet,

Carpzov. *lib. 4. Resp. 43. n. 17.*

aliàs verò generalem & laxiorem Bonorum acceptionem etiam ad feuda extendi, in confesso est, quæ tamen huc non pertinet, videri interim potest

Wissenbach. *ad L. 5. & l. 49. de V. S.*

30. Es könnte auch auf gewisse Maaß ersagter Einwurff de jure communi passiren / nimirum partim quoad modum succedendi ut scilicet masculi ad succedendum habiles eodem modo, ordine & gradu, quo in patrimonialibus bonis succeditur, admittantur, nisi speciali feudorum provisione aliud cautum reperiatur, quâ de re plura consignavit

Struv. *Syntagm. feudal. cap. 9. aph. 1. & seqq.*

partim etiam ratione effectus, & cumprimis hujus, quod de feudis maximè regalibus etiam dispositio testamentaria valeat, si hæc descendentes concernat, quippe qui ab ea recedere haudquaquam solent, ceu multis comprobant

Reinking. *de R. S. & Ecclesiast. lib. 1. class. 4. cap. 17. n. 60. & seqq.*

Limnæus

Limnæus *addit. ad cap. 8. Juris public. n. 178.*
Itter. *de feud. regal. cap. 16. n. 7.*
add. Struv. *dict. cap. 9. aph. 12. n. 8.*

Ut taceamus feudum alicui & heredibus quibuscunque datum, naturam patrimonii ad quoscunque transitorii sortiri.

Nicol. Noalis *de Transmiss. cas. 51. n. 4.*
Itter. *dict. tract. cap. 16. n. 5.*
Struv. *cap. 4. aph. 13. n. 4.*
Eiben. *Elect. feudal. cap. 7. §. 15.*

Auf den sechsten Zweiffel ist zu wissen / daß ein mercklicher Unterscheid zu halten inter regna & provincias merè hereditarias & allodiales, vel etiam certâ consuetudine & observantiâ munitas, & contra eas, quæ charactere feudali prædita, seu mero jure feudi recognoscuntur: In illis fœminas quoque admitti, nullum est dubium, & quotidianis edocemur exemplis; 31.

Klock. *Cons. 7. n. 981. & 982. tom. 1.*

Ast vero in hujus generis dignitatibus & provinciis jus feudorum commune servatur, in quarum censu, cùm etiam regales Imperii dignitates sint, fœminæ in iis haud admittuntur,

Klock. *dict. loc. n. 583. & seqq.*

quod & pluribus demonstratum in Rat. Decid. 4. 5. & 6. Unde à diversis illationem fieri non posse, tralatitium est & obvium.

L. ult. de calumn.
L. 38. §. 5. de V. O.

Ohn ist es zwar nicht / daß auf den siebenden Zweiffel zu antworten mittelst einer nach und nach eingeführten und beständig erhaltener Gewonheit / denen Töchtern und übrigen Weibsbildern auch die Lehens-Folge eingeraumt werden könne / cùm semper particularis & localis consuetudo sit attendenda, & secundum eam feudales controversiæ dijudicandæ, ceu cum Chassanæo, Hostiensi, Guidone Papa & aliis ostendit 32.

Wesenb.

Wesenb. *Conf. 74. n. 26.*

adeò ut unius quoque familiæ usu & observantia, idem fieri possit in tantum, ut propter ejus diuturnitatem Domini consensus intervenisse præsumatur;

Schrader *de feud. part. 7. cap. 4. n. 54.*

Indem aber dieselbe weniger nicht in Facto bestehet / als auch denen gemeinen Lehen-Rechten zuwider laufft / so muß selbige liquidò, concludenter & specificè, neutiquam verò per nudas conjecturas, erweisen werden /

Wesenb. *d. loc. n. 28.*

ita, ut qui ejusmodi consuetudinem probare intendit, prægnanti probatione opus habere vulgò credatur;

Wesenb. *Conf. 253. n. 66. part. 5.*

Wohin sonderlich zielet / quod non omnis generis testes, verum illi saltem qui sunt insimul Curiæ Vasalli, vel tamen in ea versati, eo nomine desiderentur, utpote qui præsumptionem pro se habent, quod feudi qualitas illis satis sit perspecta;

Colleg. Argent. *Conf. 49. n. 20. & seqq. vol. 2.*
Vultej. *Conf. 12. n. 17. vol. 4.*

33. Wo nun dergleichen Gewonheit nicht zu finden / noch zu zeigen / da hat es bey der gemeinen Regul sein Verbleibens / quod feudum secundum suam propriam naturam pro solis masculis concessum censeatur, ceu multis probat

Casalis Manentus *Consil. 39. n. 20.*

Quò spectant ea, quæ in dict. Rat. Decid. 4. 5. & 6. juris & authoritatum pondere affatim roborata sunt.

34. Wiewohl es auch an dem / daß Caji Vorfahren das Schloß und Ambt Nida samt allen Zugehörungen vor einigen Seculis kräfftig an sich gebracht / so dienet doch zu Hintertreibung des dahero genommenen achten und letzten Einwurffs / daß indem die von dessen Familien herstam-

herstammende Nachfolgere von solchem Kauff wiederum abgesprungen/ und sich mit Titii Anfahren in eine Transaction, Krafft deren sie dasselbe von ihnen zu Lehen empfangen und recognosciret / eingelassen / keine weitere Absicht auf den vormaligen Eigenthum genommen / noch dahero ein blosses jus Clientelæ erstritten werden könne / transactio siquidem juris antea competentis remissionem inducit,

L. 17. l. 35. C. de Transact.

cùm species alienationis reputetur,

L. 1. §. 6. si quid in fraud. Patron.

& novationem repræsentet, tametsi de hâc nihil prorsus actum fuerit;

Mevius *part. 3. decis. 338. n. 5.*

Vielmehr muß so gestalten Dingen nach die nachgehends vermittelst 35. solchen Transacts erwachsene neue Qualität und Lehenschafft einig und allein angesehen werden / secundum præsentem enim haud verò præteritum statum res determinanda;

Can. 18. distinct. 50.
L. 33. princ. & §. 1. de Legat. 3.
Alexander *Cons. 35. in fin. lib. 4.*

Et in quo statu res nunc sunt & inveniuntur, secundum eundem unicè judicari debeat;

Wesenb. *Cons. 194. n. 33. part. 4.*

Anjetzo nicht zu gedencken / daß auch ohnedem denen künfftig etwa über- 36. bleibenden Niederwindischen Töchtern einig jus Clientelæ sive Advocatiæ, indem die gantze Herrschafft des Titii als Lehenbahr ihnen nicht anfallen kan / ohnmöglich angedeyhen könne / cùm fœminæ hujus juris non aliter fiant participes, quam si in regimine alicujus Imperii, Regni, Ditionis aut Urbis eas existere conspicitur, ceu eruditè suggerit

Magerus *citat. cap. 7. n. 210.*

Ferner nun auch die

Zweyte Frage

zu entledigen / so tringen gleichfalls hierbey einige Gründe hervor / welche deren Entscheid zum Vortheil des Caji, dem Ansehen nach / veranlassen könten.

RATIONES DUBITANDI.

37. Wassen 1.) das jenige Band / so zwischen dem Lehen-Herrn und Vasallo zur Zeit des Lehens-Empfängnus gestifftet worden / nach jenes erfolgenden gäntzlichen Abgang beyderseits verlischet / und dadurch die Lehenschafft ihre völlige Endschafft erreichet / sicut enim obligatio ad fidem reciprocam inter Dominum & Vasallum ex contractu feudali primitus celebrato exoritur,

2. feud. 6. 23. in fin. & 52. sub fin.
Struv. *Syntagm. feudal. cap. 8. aph. 2.*
Bitsch. *Comment. ad feud. dict. Feud. 6.*

& ob arctitudinem hujus vinculi, non magis Vasallus Domino, quam Dominus Vasallo ad mutua officia obstringitur, effectu pari inde resultante, si quicquam eâ in parte omittatur,

Alvarott. *de Form. fidel. cap. 1.*

eâque de causâ Dominus & Vasallus sint correlata, ac dispositum in uno ad alterum quoque convenienter trahatur,

L. ult. C. de indict. viduit. toll.
Borcholt. *de feud. cap. 8. n. 124.*

ita etiam nexus hujus obligationis dissolvitur, si dominus, cujus jus feudale fuit, sine herede masculo, vel si fuit allodiale, sine quocunque herede decedat,

Gothofr. Anton. *disp. feudal. 11. th. 1. lit. E. & F.*
Struv. *Synt. feud. cap. 15. aph. 3. n. 1.*

cùm

cùm omnis obligatio aliave diſpoſitio eam interpretationem recipiat, ſi res in eodem ſtatu permaneat.

L. 38. princ. de ſolut.

Schrader. *de feud. part. 6. cap. 5. n. 21. & 23.*

Und da dergeſtalt 2.) von der Lehens-Qualität nichts übrig bleibet / 38.
auch ohnmüglich zu ſeyn ſcheinet / daß das Ambt Nida cum Pertinentiis nach berührten Event für ein Lehen gehalten und angeſprochen werden ſollte / feudum ſiquidem eſt jus quoddam cohærens perſonæ inſtar uſusfructus, ceu poſt Baldum, Socinum, Curtium & Jacobum Brutum tradit

Cacheranus *deciſ. Pedem. 161. n. 9. verſ. quarto.*

add. Rittershuſ. *de feud. part. 1. cap. 2. quæſt. 4.*

Arumnæus *diſp. feud. 1. th. 23.*

hunc autem morte finiri, nedum ergo ad alios tranſire, exploratum,

§. 4. Inſt. de Uſufr.

L. 3. §. ult. eod.

quantumvis enim uſusfructus allodialis & feudalis multis modis inter ſe differant;

Finckelthauſ. *diſp. feud. 1. quæſt. 14.*

Ludwell. *Synt. feudal. cap. 2. poſt med.*

in eo tamen conveniunt, quod allodialis certæ perſonæ, feudalis verò totius familiæ interitu expiret.

Struv. *dict. cap. 16. aph. 3. n. 1.*

Welchemnach / daß Cajus nexu fidelitatis obligiret bleiben / und be- 39.
rührtes Ambt jure ſubfeudi zu recognoſciren gehalten ſeyn ſollte / ſchwerlich zu behaupten ſcheinet / obligatio ſiquidem Vaſalli non eſt abſoluta, haud quippe ex qualitate aliqua ſubjectionis enaſcens, ſed relata, reſpectum nempe ad rem in feudum acceptam implicans, cujus nomine domino fidelitatis promiſſa,

Struv. *cap. 11. aph. 2.*

aſt qualitate rei ſubſtantiali corruente, ipſam obligationem corruere eſt neceſſe, cùm qualitas extra ſubjectum conſiſtere nequeat;

Cardin. Tuſch. *lit. Q. concl. 6. n. 1. & concl. 16. n. 1.*

40. Uberdiß auch 3.) ausfündigen Rechtens / quod obligationes perſonales ſeu tale factum quod certæ familiæ certisve perſonis cohæret, concernentes ejusmodi perſonas & familiam haud egrediantur,

L. unic. C. de Caduc. toll.

L. 31. de ſolut.

Gail. *lib. 2. obſ. 2. n. 19.*

multo minus verò ſingularem ſucceſſorem comitentur,

L. ult. §. 1. de contrah. empt.

Carpzov. *part. 2. Conſt. 38. def. 17. n. 6.*

Cujusmodi etiam ſucceſſorem in feudo eſſe compertum,

Nic. Noalis *de Transmiſſ. cap. 28. n. 88.*

cùm feuda ex pacto & providentia etiam ſine qualitate hereditaria obtingere ſoleant.

Roſenthal *de feud. cap. 7. concl. 21. n. 3. 4. & 5. lit. P.*

41. Sonderlich kombt 4.) zu erwegen vor / quòd ad Conſtitutionem Subfeudi, non minus, ut ipſius feudi conſenſus quoque ſubinfeudantis requiratur, & quidem mediante inveſtitura declarandus;

Com. de Kirchburg *diſcurſ. de ſubinfeud. aph. 45.*

Cùm nulla ſit obligatio ſine conſenſu ejus, qui obligari debet,

L. 1. §. 1. de pact.

L. 18. de reb. cred.

adeò ut in conſenſu cujusvis negotii anima conſiſtat, isque ſit radix obligationis naturalis;

Conſil. Arg. 1. n. 15. vol. 2.

Da

Da nun ausser Zweiffel / quod omnis consensus debeat esse liber,

L. 11. C. de contrah. empt.

L. 11. C. de Locat.

& nullius factum coactioni sit obnoxium,

L. 71. §. 2. de condit. & demonstr.

L. penult. si quis à par. manum. fuerit.

So scheinet auch Cajo nicht zuzumuthen zu seyn / daß Er jure sub- 42.
feudi ersagtes Ambt à novo successore recognosciren solle;

Und obgleich sonsten 5.) ausser Zweiffel / quòd subinvestitus non primi senioris sed Vasalli subinfeudantis vasallus efficiatur,

2. Feud. 55. §. illud quoq;.

Curtius *part. 4. Feud. n. 88.*

eodem modo, uti hominis mei homo meus homo non est, nec libertus mei liberti meus libertus, neque socius mei socii socius meus est;

L. 105. de V. S.

L 20. pro socio.

L. 47. §. 1. de R. J.

So hat es doch eine andere Beschaffenheit / quando morte subinfeudantis sine descendentibus & agnatis subfeudum finitur, tunc enim si vasallus, ab ipso Domino primo feudum recognoscere, ipsique servitia exhibere sit paratus, feudum retinere potest, ipsumque dominus nolens volens admittere cogitur per textum express. in

2. Feud. 9. vers. excepto eo.

ibique Alvarott. Andreas de Isernia & alii.

Atque hanc sententiam communiorem esse testatur

Mynsing. *lib. 1. obs. 62. n. 5.*

Quodque tam veteribus quam recentioribus placuerit, firmant, eosque recensent

Rosenthal. *de feud. cap. 9. concl. 49. n. 1.*
Anton. in not. ad tract. Kohlii *de subfeud. cap. 5. n. 80.*

Und da diesemnach Cajus ex mediato Vasallo immediatus werden kan / es das Ansehen gewinnet / als wann er in subfeudum zu tretten / nicht geheischen werden könne / cum jus feudale hâc de re nil disponat, & proinde surrogationi in locum subinfeudantis demortui simpliciter inhærendum;

arg. *l. 19. C. de collat.*
Nov. 18. cap. 5.
Everhard. *Top. legal. loc. 64.*

43. Umb so mehr da auch 6.) Cajo sothane Surrogation leichter zu fallen / als sich in eine neue After-Belehnung einzulassen scheinet / und zwar in der Absicht / daß er bey Erfolg der letzteren zweyen unterschiedlichen Herrn Lehen- und Ritter-Dienste leisten müsse / da hingegen bey jener er allein seinem Ober-Lehen-Herrn / und niemand anderst derentwegen verbunden seye; Dann ob es wohl an deme / quod subvasallus ad servitia superiori Domino præstanda haud teneatur

2. Feud. 9. & 33.

so kan er sich doch deren in subsidium nicht entbrechen / cum eo respectu & secundariò etiam primi domini vasallus sit & reputetur

Anton. in not. ad Kohl. *d. tr. cap. 4. n. 96. in fin.*

Ja da die Herrschafft Niederwinden mehr berührter maßen ein Reichs-Lehen / und dergestalt die Röm. Kayserl. Majestät Ober-Lehen-Herr sind / wird Cajo obliegen / ratione directi & universalis Dominii in allem gehorsam und gewärtig zu seyn / wie wohl ausführet / auch solches ad subvasallos Principum extendiret

Anton. *dict. loc. n. 98.*

44. Und da 7.) überall darauf zu sehen / ut conditio vasalli reddatur tolerabilior,

arg. *L. 13. in fin. de pollic.*

neque duplex onus subire cogatur.

Natta

Natta *Conf. 160. n. 34.*
Surdus *Conf. 115. n. 14. & seqq.*

cumprimis quod qualitas feudalis sit servitutis species quædam

Dd. & Gloss. *in L. 13 de usufr.*
Carpz. *p. 1. const. 27. def. 7. n. 2.*
Gail. *lib. 2. obs. 69. n. 4.*

in tantum ut quando Princeps liberalitatem exercet, in dubio potius liberè donare quam infeudare præsumatur,

Oldrad. *Conf. 195. n. 5.*
Roland à Valle *Conf. 75. n. 18. lib. 4.*

so wird er mit sothaner subinfeudation desto mehr zu verschonen seyn/ allermeist da in causis feudalibus solche Meynung prædominiret/ welche mit der natürlichen Æquität begleitet ist/ per text. notabil. in

2. Feud. 54. ibi : ut autem æquitas quæ in paribus causis paria jura desiderat.

Wohin auch zielen/ quæ ex Ruino, Wesenbeccio & Zasio zu gleichmässigem Zweck anführet

Vultej. *Conf. Marp. 12. n. 115. vol. 4.*

Und thut keinen Einhalt/ quod vulgò dici solet, feudum esse contractum stricti juris, wie besonders dahin cum aliis incliniren 45.

Loffredus *Conf. feud. 1. n. 50.*
Schrader *de feud. part. 1. cap. 2. n. 4.*
Gœddeus *Conf. Marp. 33. n. 242. vol. 3.*
Cravetta *Conf. 606. n. 2.*

Immassen solches mehrentheils das Absehen hat/ ad pacta alterantia, seu ea quibus à consuetâ feudi naturâ nonnihil recedi solet, hæc enim si investituræ adjiciantur, finibus præscriptis includuntur, & laxiorem interpretationem haudquaquam ferunt;

2. Feud. 18. ibi : propter tenorem investituræ insertum.

Aliâs verò si modum feudi constituendi intueamur: & mutuas inde

inde resultantes præstationes, bonæ fidei potius contractum celebrari tuetur.

Struv. *Synt. feud. cap. 8. aph. 4. n. 4.*

RATIONES DECIDENDI.

46. Wann aber diese Frage allen Umständen nach genauer erwogen wird / so ist es an deme / daß der künfftige Lehens-Successor, Krafft der vom Ober-Lehen-Herrn erhaltenen Expectanz das Ambt Nida cum Pertinentiis anzusprechen berechtiget / Cajus auch solches als ein Subfeudum von ihme zu recognosciren gehalten seye; Und zwar muß der Anfang von des Ober-Lehen-Herrns hierunter habenden Macht und Befugnüß hergehohlet werden. Worbey dann 1.) klar versehenen Rechtens / daß bey Abgang der rechtmäßigen Lehens-Folger das Lehen selbigem wiederum anfalle / und dergestalt zu seinem ersten Ursprung sich begebe / plenum enim jus feudi ad dominum reverti, nullo herede feudali relicto evincunt textus in

1. Feud. 5. princ. vers. rursus. ibi: & sine herede decesserit feudum ad dominum revertitur.

1. Feud. 13. vers. etsi clientulus. ibi: eo mortuo sine herede legitimo masculo revertatur feudum ad Dominum.

2. Feud. 9. princ. ibi: si tamen sine herede, masculo descendente, decedebat.

2. Feud. 12. ibi: si unus acquisiverit sine defuncto herede ad Dominum &c.

& quidem ipso jure ita ut Domino citra processum, causæ cognitionem & sententiam declaratoriam aperiatur,

Schrader. *de feud. part. 2. cap. 9. princ. sect. 8. n. 22. vers. tertio.*
Vultej. *de feud. lib. 1. cap. 11. n. 60. vers. octav.*

idque propria authoritate se habitis aliorum contradictionibus apprehendere possit;

Schrader. *dict. loc. vers. septimo.*

Rosen-

Rosenthal. *de feud. cap. 7. conclus. 60. n. 14.*
Richter. *Cons. 11. n. 47. part. 3. vol. 1.* ubi plures allegat.

præprimis quando de apertura manifestè apparet,

Richter *dict. loco n. 51. & 57.*

cùm protinus incipiat pro allodiali haberi,

Richter *Cons. 19. n. 3. part. 3. vol. 1.*
Card. Tusch. *lit. F. concl. 207. n. 1.*

nisi alii vicissim in feudum detur & tradatur

Matth. de Afflict. *Rubr. ex quibus caus. feud. amitt. n. 79.*
Richter *dict. loc. n. 4.*

Welches dann auch 2.) in feudis regalibus Platz ergreiffet / wie 47.
cum citatis beybringt

Cacheran. *Cons. 41. n. 1.*

ubi notabiliter scribit, quod tale ob defectum lineæ ad supremum & directum dominum investientem, non jure successionis sed pleno & proprio jure revertatur, ac utile dominium cum directo consolidetur; idque exemplificat in Francisco Sfortia Duce Mediolanensi, sine liberis defuncto, cujus feuda, quæ in universo Ducatu habuit, Divo Carolo V. Imperatori, tanquam supremo Domino, pleno jure obvenerint, ejusque liberæ dispositioni subjectæ fuerint; Consona novissimè tradit & alia exempla in medium producit

Itter. *de feud. Imp. Regal. cap. 24. aph. 2.*

Dahero dann 3.) kein Zweiffel / daß dem Domino allerdings 48.
frey stehe / ob und weme er solches von Neuem gönnen / und als ein Lehen übertragen wolle;

Andreas de Isernia *1. Feud 7. n. 4.*
Alvarott. *1. Feud. 1. cap. 1.*
Parisius *Cons. 22. n. 29. vol. 1.*
Cravetta *Cons. 701. n. 3.*
Hartmann. Pistor. *lib. 2. quæst. 44. n. 11.*

Sicut etiam Divum Carolum V. Imperatorem omni elogio majorem, & æternâ gloriâ fulgentissimum prædicta feuda sibi aperta Principi Melphæ eâ lege, ut ad heredes legitimos transmitteret, contulisse, testis est

Cacheran. *dict. loc. n. 2.*

Dominii enim proprium est liberam illud alienandi deque eo disponendi licentiam habere,

§. ult. Inst. de his qui sui vel alien. jur. sunt.

cùm quilibet rerum suarum moderator & arbiter sit,

L. 21. C. mand.

L. 2. si quis à par. manum. fuerit.

etiam facultate abutendi haud præclusa,

L. 25. §. 11. de hered. petit.

dummodo rerum duntaxat, non etiam personarum abusus subintelligatur, textu luculento in

dict. §. ult. de his qui sui vel alien. jur. sunt.

49. Zumahl da 4.) einem Lehen-Herrn / so mit vollkommener Macht und Gewalt versehen / auch wider Willen derjenigen Vasallen, so er noch würcklich hat / das Dominium directum sive supremum zu veräussern und hinzugeben zukombt / Principi siquidem ex plenitudine potestatis pro utilitate publica Vasallos etiam invitos transferre posse, post Joannem de Anan. Socinum, Jasonem, Parisium, Nattam, Rolandum à Valle & Gabrielem comprobant

Hartmann Pistor. *lib. 5. quæst. 22. n. 15.*

Heigius *part. prior. quæst. 19. n. 26.*

Quo sensu etiam accipienda, quæ de proprietate feudi sine consensu Vasallorum alienanda consignavit,

Matth. de Afflictis *Decis. 265. n. 33.*

50. Aus welchem fest stehenden Gründen 5.) die von dem Ober-Lehen-Herrn über die Herrschafft Niederwinden / dem Lehens-Successori ertheilte

ertheilte Expectanz, um so mehr bestehet / zumahl da selbige ihre Würckung auf einen gewissen Erfolg / puta si Vasallus etiamnum vivens sine progenie masculâ est decessurus, ausstellt /

1. Feud. 27. in fin. ibi: qui feudi successores non habet.

eâque de causâ etiam sine voluntate ipsius conferri potest,

2. Feud. 35. ibi: sed si sub tempore vel conditione, quâ feudum sibi aperitur, valebit investitura etiam sine voluntate Vasalli facta.

tametsi liberos habeat, utpote quibus nullum inde generatur præjudicium;

Finckelthaus. *disp. feud. 7. quæst. 11.*

Struv. *Synt. feud. cap. 7. aph. 5. n. 10.*

Ohne ist zwar 6.) nicht / quòd expectativa in feudis regalibus ab Imperatore, sine consensu Electorum dari nequeat; 51.

Capit. Ferd. III. artic. & capit. Leopold. art. 30.

Bechmann. *ad A. B. Tit. 26. n. 7.*

Rumel. *ad eandem Disp. 7. th. 11.*

Ast verò exemplis quibusdam ejusmodi expectativam simpliciter concessam fuisse probat

Itter. *de feud. regal. aph. 2. pag. 557.*

circa quæ tamen animadvertit,

Myler. in addit. ad Rumelin. *d. loc.*

quod specialibus rationibus nitantur, & salvâ capitulatione facta fuerint; quò & inclinare videtur

Itter. *dict. loc.*

quod altius indagare nostri nunc non est instituti.

Ferner nun auch und zum 7.) die dem Lehens-Successori ertheilte Expectanz zu betrachten / so ist dabey wohl zu erwegen / ob dieselbe mit einem gewissen Reservat, daß das von Titii Vorfahren gegebene After-Lehen in seinem bisherigen Stand künfftig erhalten werden sollte / 52.

 versehen/

versehen / oder ob selbige bloßer Dings und ohne einigen dergleichen Vorbehalt ertheilet worden seye? Jenenfalls ist ausser allen Zweiffel/ daß der Lehens-Expectant und künfftiger Successor das dem Cajo jure Subfeudi zustehende Ambt Nida cum Pertinentiis ansprechen / und selbigen zu behöriger neuen Lehens-Empfängnuß anstrengen könne / si enim Dominus superior voluit, ut subfeudum casu eveniente tale manere, & à novo vasallo in pristino statu conservari debeat, indubitata quoque ejus mens fuit, ut quicquid feudo principali coheret, ab eoque dependet, novus vasallus exigere, atque etiam Cajum ad recognitionem subfeudi arctare & compellare possit, tùm quod feudo principali concesso, ea simul concessa intelligantur, quæ in necessariam ejus consequentiam veniunt,

L. 2. de Jurisd.
L. 3. §. ult. de itin. actuq; priv.
Feltmann. *ad dict. L. 2.*

cujusmodi dubio procul subfeudum est, utpote quod ab illo tanquam fonte derivatur, dependentiam suam habet, & unicum cum ipso feudum reputatur,

Additionator ad Kohl. *de subf. cap. 3. n. 42. 48. & 57.*
Struv. *Syntagm. feud. cap. 12. aph. 13.*
Rosenthal. *de feud. cap. 9. concl. 43. n. 5.*

tum quod feudum & subfeudum adeò arctè sint connexa, ut hoc sine illo esse nequeat, & cum hoc penitus extinguatur;

1. Feud. 4. §. ult.

Cùm ea demum vera sit connexitas, ut unum sine altero stare nequeat, ceu doctè tradit

Fulvius Pacianus *Tract. de Probat. lib. 1. cap. 26. n. 18. & 19.*

tum quod talis sit relatio inter vasallum & subvasallum, ut hic omnem suum characterem ab illo mutuetur,

2. Feud. 55. §. insuper. ibi: si vasallus de feudo suo alium vasallum habuerit.

&

& propterea meritò ſeſe illi ſubmittere debeat,

2. Feudor. 23. verſ. quomodo.

tum quod ſubfeudum ſubalternetur feudo, eâque de causâ una cum illo ſubſtantia reputetur,

Anton. *dict. loc.*
add. Kohl. *n. 63.*

tum quod ſubfeudum conſtituat membrum & rem integralem feudi principalis,

Menoch. *Conſ. 148. n. 14. & 52.*
Burſatus *Conſ. 155. lib. 2.*

membra autem à capite disjungi, ordini naturæ repugnet, utpote quod ab hoc regulentur, cùmque eo naturæ prorſus ſimilis reputentur,

Klock. *Conſ. 79. n. 187. tom. 4.*
Vultej. *Conſ. Marp. 16. n. 305. vol. 4.*
Mevius *Conſ. 102. n. 33.*

tum denique quod Dominus ſuperior nullum alium in finem clauſulam illam reſervatoriam adjecerit, quam ut ſubvaſalli jus conſervari & ſtabiliri debeat, quod alioquin extra illam dubio procul deſiiſſet, & extinctum fuiſſet, cùm natura reſervationis in eo conſiſtat, ut jus reſervatum conſervet;

cap. 43. in fin. de Elect. in 6to.
Matth. *Conſ. Marp. 21. n. 21. vol. 1.*

Aſt verò ab alio, quàm novo vaſallo conſervari & ſtabiliri nequit, utpote cui Dominus ſuperior neceſſitatem conſervationis impoſuit, cùm effectus arguat potentiam ſuæ cauſæ, & ſine hâc in actum deduci non poſſit,

L. 2. §. ult. L. 3. de Donat.
L. 39. de furt.
L. 16. §. 8. de Pœn.

 & cum

& cum quo pactum reservativum initum est, ei etiam implementum ejus incumbat, ac illius probationem subire debeat,

Alexander. *Cons. 101. in fin. vol. 2.*
Vultej. *Cons. Marpurg. 35. n. 226. vol. 3.*

sicut autem impossibile, subfeudum sine recognitione subvasalli conservari posse, ita etiam ad ejus necessitatem vasallus illum optimo jure adstringere potest, extremum siquidem à quo trahit ad se extremum ad quod sive medium, cujus virtute illud obtineri potest;

L. 3. §. 1. & 2. de Minor.
L. 1. §. 1. si quis jud. non obtemp.
Menoch. *de A. J. Q. quæst. 37. n. 29.*

55. Daferne aber 8.) das Letztere und dieses sich finden sollte / daß bey Ertheilung der Expectanz, berührtes Reservat nicht annectiret worden / so wäre der künfftige Lehens-Successor, nicht einmahl schuldig dem Cajum bey dem Subfeudo zu lassen / cùm enim subinfeudatio Vasallo sine heredibus masculis decedente prorsus expiret, quantumvis subvasallus Domino superiori servitia exhibere velit, uti hanc sententiam ceu longe veriorem cum multis aliis sustinent

Kohl. *de subfeud. cap. 5. n. 51. & seqq.*
Hartmann. Pistor. *lib. 2. q. 44.*
Richter *Cons. 401. n. 23. vol. 1.*
Struv. *Synt. feud. cap. 12. aph. 13. n. 4.*

eaque expresse probatur tum textu in

1. Feud. 4. §. ult.

tum rationibus, quòd resoluto jure dantis resolvatur etiam jus accipientis,

L. 31. in fin. de pignor.

& domino invito alius Vasallus obtrudi nequeat;

2. Feud. 12. in fin.

Sanè

Sanè eodem jure futurus quoque successor uti poterit, cùm totum ad se trahat partem, & hæc in illo contineatur,

L. 76. de rei vindic.
L. 28. de fund. instr. vel instr. leg.

præterea ea, quæ omissa sunt, maneant sub dispositione juris communis,

L. 6. de condict. caus. dat. caus. non secut.
L. 22. princ. solut. matrim.
Menoch. *Cons. 1143. n. 24.*

& obligatione cessante, nihil est, quod Vasallum eo nomine obstringere valeat,

cap. 60. princ. X. de appell.
Cacheran. *Cons. 4. n. 12.*

ut taceamus, investituram prout jacet, & quoad literam esse intelligendam;

Rosenthal. *de feud. cap. 6. conclus. 28. n. 1. lit. C.*
Borcholt. *de feud. cap. 1. n. 25.*

Und dieses findet auch 9.) statt / wann man gleich das Absehen 54.
auf Titium als letztmaligen Herrn zu Niederwinden / und dessen künfftig erfolgenden Abgang führen wollte / anerwogen demselbigen als ultimo Vasallo berührter Lehens-Expectanz neque jure hereditario, neque etiam dignitatis, quæ aliâs immortalis est,

Tabor. *de oblig. success. in offic. cap. 5.*
Myler *in Nomol. Ordin. Imp. cap. 10. & 12.*

succediren / sondern allein ex novâ superioris domini collatione zu dessen Land- und Herrschafften als einem neuen Lehen gelangen wird / mithin bey solchem Erfolg dessen Factum zu præstiren im geringsten nicht gehalten ist;

Card. Tusch. *lit. S. concl. 871. n. 1.*
Cothmann. *Cons. 62. n. 37.*

Cùm

Cùm novum dicatur feudum, quando ab una familiâ in aliam transfertur,

Fichard. *Conf. 1. n. 4. vol. 1.*
Cothmann. *Conf. 9. n. 25. & 26.*
Surdus *Conf. 181. n. 39.*
Burſatus *Conf. 155. n. 55. lib. 2.*

mutatione ſiquidem perſonæ mutatur feudi conditio, ſi in eo alioquin ſuccedere non poterat,

Honded. *Conf. 70. n. 29. lib. 2.*
Reusner. *Conf. 12. n. 60. vol. 2.*

adeò ut feudum unius generationis reſpectu alterius dicatur novum, tametſi per mille annos in alia generatione duraſſet, ceu ait

Caſtrenſis *Conf. 262. princ. vol. 2.*

Et quod neque Dominus ſuperior, neque etiam Vaſallus inviti alium, qui antea ſubfeudum tenuit, ſubinfeudare cogantur, in terminis terminantibus reſponderunt

Jenenſ. apud Richter. *Conf. 13. per tot. part. 3. vol. 1.*

55. Und iſt dieſem allem 10.) nicht entgegen / wann man vorſchirmen wollte / es beſtünde dieſes Subfeudum bloßhin in einem Ambt / und bliebe demnach in ſalvo, wann der Subvaſallus dasjenige / was die Lehen-Pflichten von ihme erheiſchten / zu leiſten ſich anerbietig machen wollte / quia certo jure ſubnixum ſit ſubfeudum haud reſolvi, quando non feudum ipſum vel pars ejus quota, verum res quædam ſingularis jure ſubfeudi conceſſa & diu poſſeſſa fuerit, uti diſertè tradunt

Kohl. *de ſubfeud. cap. 2. n. 10.*
Hartmann. Piſtor. *lib. 2. quæſt. 44. n. 27.*
Richter. *dict. Conf. 13. n. 28. p. 3. vol. 1.*

Maßen hierauf zu wiſſen / daß ein Ambt mit aller Zugehör nicht in re ſingulari, ſondern vielmehr in parte quâdam principali, beſtehe / indem dadurch Univerſitas ejusmodi angedeutet wird / quæ notabilem

lem totius territorii portionem & ita corpus alicujus capitis in sich begreiffet / neben dem auch mit einer besondern jurisdiction ohnzweiffentlich begleitet ist / wie wohl bemercken

Schrader. *de feud. part. 3. cap. 4. n. 25.*
Besold. *thes. pract. voc.* Ambt.

Sonsten wann 11.) und beschlüßlich das Subfeudum in der Anwartung ausdrücklich reserviret / oder der künfftige Successor solches aus geneigtem Willen dem Cajo beybehalten wollte / so würde dazu um so vielmehr zu gelangen seyn / da auch gar Feuda Regalia zum After-Lehen gegeben werden können / cùm subinfeudandi potestas placitis feudalibus nullibi hoc in passu reperiatur obstricta, & in subvasallum character dignitatis regalis simul haudquaquam transferatur, dextrè monente 57.

Carpzov. *diss. feud. 7. th. 34.*

Atque hanc sententiam communiter approbatam, & tam vetustis, quàm nostris moribus receptam esse asseverat

Vultej. *Cons. Marp. 20. n. 53. & 54. vol. 3.*

Und hat hingegen keinen Verfang / quod alii in contrarium obvertant, quasi tale feudum ea comprehendat, quæ nonnisi ab Imperatore concedi possunt, uti ita sentit

Kohl. *de Subfeud. cap. 2. n. 9. & seqq.*

eique applaudit novissimè

Struv. *Synt. feudal. cap. 12. aph. 10. n. 6.*

Immassen hier selbsten ein Unterscheid zu machen inter Feuda regalia constituenda & constituta: Noviter feudum regale, nonnisi à solo Imperatore constitui posse, nemo inficias ibit, & per se planum evadit ex text. in

2. Feud. 10. & 14.

Ast verò feudi jam constituti aliam esse rationem, facillimo negotio deprehendet, qui modò perpendit, ejus translationem in alium

 nullibi

nullibi in libris feudorum esse prohibitam, ceu exactè & distinctè hoc problema enucleat

Com. de Kirchburg. *diss. de subinfeud. aph. 17. & seqq. cumprimis verò. 20.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

57. Dieser Meynung stehet nicht entgegen / was droben in contrarium angeführet worden; Dann so viel das erste und zweyte Fundament anreicht / so ist zwar nicht ohne / quod Domino sine prole mascula decedente obligatio inter ipsum & vasallum expiret, nachdem aber in gegenwärtigem Fall nach Abgang des jetzigen Herrn zu Niederwinden dem Ober-Lehen-Herrn dessen Herrschafften angefallen wären / derselbe aber allbereit einem andern die Anwartung darauf ertheilet / so bleibet auch sothanes Lehen in seinem Stand / und mit selbigem das davon dependirende Subfeudum Caji, jedoch auf gewisse Maaß / wovon in Rat. Decid. 7. allbereit gründliche Anzeige gethan worden.

58. Der dritte Zweiffel stehet gar nicht entgegen / massen eben darum / quod obligatio personalis ad alios, & cumprimis ad successores singulares non transeat, dem Lehens-Expectanten künfftig frey stehet / ob er Cajum bey dem Ambt und Schloß Nida / Falls kein anders reserviret worden / lassen / oder vielmehr sothanes Subfeudum mit dem Feudo principali vereinigen wolle.

59. Bey dem vierdten Gegen-Satz muß ein Unterscheid gemacht werden inter Feudi Constitutionem & Resolutionem. Zu jenem wird ohnstreitig consensus Subvasalli erfordert; Wann aber morte Domini subinfeudantis solches erlöschet / und dem Ober-Lehen-Herrn / oder dem jenigen / so damit expectiret gewesen / anheim fällt / so muß der Subvasallus sich deren Gnad / zumal bey ermanglender Reservation, unterwerffen / und versuchen / ob er dessen Beybehaltung für sich und

seine

ſeine Poſterität ausbitten könne? gratiæ ſanè Domini, vel novi Vaſalli ſeſe ſubmittere tenetur, qui juris caſu contingente in irritum recidentis conſervationem vel reſtaurationem exoptat, cùm citra hanc nullâ ratione reviviſcere poſſit.

L. 6. §. 3. de R. D.

L. 83. §. 5. de V. O.

Bocerus *de Inveſt. feud. cap. 5. n. 73.*

Gegen die jenige Meynung / ſo in Rat. Dubit. 5. angezogen / und ex 60.
2. Feud. 9. erzwungen werden will / dienet das jenige / was allſchon in Rat. Decid. 8. dißfalls begründet worden / auch andere mit mehrerem Beſtand beydes in Theoriâ und Praxi behauptet / wie unter vielen andern ſtattlich ausgeführet

Finckelthauſ. *diſp. feudal. 9. quæſt. 4.*

wobey ſonderlich bemerckſam / was ex Afflicto & Claro mit dieſen Worten angeführet

Beſold. *Conſ. 108. n. 26. & 27.*

Contraria, inquit, ſententia hodierno jure locum habere nequit, neque alia ſententia, quam decidendi modò comprobata, praxi conſentanea dicenda, was aber auf erwehnten textum in *2. Feud. 9.* zu antworten / findet ſich bey denen pro noſtra Sententia ſub Rat. Decid. 8. angeführten Interpp. und ſonderlich beym

Richter. *Conſ. 13. n. 25. & ſeqq. part. 3. vol. 1.*

Daß dem ſechſten und ſiebenden Moment zu begegnen / ein Sub- 61.
vaſallus auch dem Domino ſuperiori in ſubſidium Lehen-Dienſte leiſten müſſe / auch jedesmal in Feudal-Sachen auf die Billichkeit und dahin zu ſehen ſeye / ut conditio Vaſalli reddatur tolerabilior, will wenig anreichen / weil Cajus auch bey ſolchem Erfolg / da der Titius Männliche Lehens-Folger gehabt / und dergeſtalt einen andern mit deſſen Herrſchafften zu expectiren nicht nöthig geweſen wäre / ſeines Subfeudi wegen dergleichen gewärtig ſeyn müſſen. So viel aber prætextum æquitatis anlangt / ergreiffet ſolcher keinen Platz in denen Din-

gen / welche apertâ juris decisione ihre abhelffliche Maaß erhalten;

L. 91. §. 3. de V. O.

can. 3. dist. 4.

62. Nun ist aber unstrittigen und offenbahren Rechtens / daß Beneficia Feudorum mortuo sine liberis Vasallo verlöschen / der Subvasallus auch / wann er sich dabey erhalten wolle / den novum Vasallum hierunter zeitig behelligen / und zu dem jenigen / was die Lehen-Rechte von ihme erheischen / sich offeriren müsse / wie allschon in Rat. Decid. 8. bewähret worden.

Da nun auf diese Entscheidung auch die

Dritte Frage

63. zu beleuchten und abzuhandeln fürfällt / so scheinet auch diese keinen andern Ausschlag zu nehmen / als daß beyde Dominia suo modo directa & utilia miteinander consolidiret / und die gantze Erbschafft des Titii nebst allen deroselben anklebenden Regalien und andern Pertinentien, Cajo zugeleget werden müste.

RATIONES DUBITANDI.

Indem 1.) klar versehenen Rechtens / quod usufructuario plenum rei dominium, seu integra proprietas vi consolidationis acquiratur,

§. 3. Inst. de Usufr.

concursu quippe hoc non ferente, ut res propria alicui servire possit,

L. 5. princ. si usus fr. petat.

Vasallus autem vices usufructuarii hactenus repræsentet, ut ejus jus similiter à proprietate & domino directo dependeat, isque Vasallus sui ipsius esse nequeat, quando in ejus persona utrumque

jus

jus conjungitur;

2. Feud. 23. in fin.

Vultej. *de feud. lib. 1. c. 11. n. 7.*

Welches absonderlich 2.) in feudis alsdann præter culpam ge= 64.
schiehet / quando Dominus nullis heredibus relictis decedit,

Struv. *Synt. feud. cap. 15. aph. 3. n. 3.*

ita ut Vasallus emolumenta omnia non amplius jure Vasallagii, sed tanquam ex re sibi propriâ, & jure plenæ proprietatis percipiat;

Lauterb. *comm. de Confusione aph. 45.*

Zumal da es 3.) an deme / daß nicht münder die Consolidation, 65.
so in persona Usufructuarii & Vasalli, als diejenige so viceversa bey dem Domino vorgehet / pro favorabili zu achten: Dann obwohl an der letztern kein Zweiffel / tùm quod res de facili ad primævam suam naturam revertatur,

L. 23. de lib. & posth. hered. instit.

tùm quod etiam pactio odiosa reputetur, qua in perpetuum sit translatio, & spes unionis præcluditur;

Knichen. *de Vestit. pact. cap. 1. n. 196. part. 1.*

So mag doch auch von der andern / und zumal in personâ Vasalli, kein widriges gesaget werden an einem Theil / propter arctissimam unionem dominii directi & utilis, cum hujus virtute Vasallus de proprietate quoque participet, uti abinde solidè, quod ejus jus proprietas vocetur in

2. Feudor. 43.

probat & defendit

Bachov. ad Treutl. *vol. 1. disp. 15. th. 1. lit. G. vers. maximè post sublatam differentiam.*

Am andern Theil aber / quod Domini directi Voluntas simul concurrat, utpote qui tacitè voluisse censetur, heredibus non extantibus

tibus plenum dominium debere illi, cui jure feudi rem tradidit, obvenire, ceu loquitur

Struv. *Synt. feudal. cap. 15. aph. 3. n. 3.*

Et sanè, quando Vasallus obsequii, fidelitatis & servitiorum promptitudine bene de Domino meritus fuit, præsumptio hujus voluntatis vel maximè indè elicitur, cum vel ipsa natura ad remunerandum benefacientibus instimulare soleat.

L. 25. §. 11. de hered. petit.

66. Sonderlich dienet auch 4.) zu dessen mehrerer Beſtärckung / daß der Eigenthumb / gleichwie mit dem usufructu, also auch utili dominio, in einer untrennlichen Vermischung stehe / und also zwey unterschiedliche Dinge / deren eines das andere nicht angienge / gar nicht consideriret werden können / quantumvis enim proprietas uni, alteri vero utile dominium competere possit, temporalis tamen hæc diversitas, utilitates saltem cuilibet convenientes respicit, mixturam verò consolidativam, qua unum alteri inseparabiliter jungitur, haudquaquam afficit, eo effectu, ut si concursus unius cum altero contingat, res quædam nova nullatenus efficiatur;

Joan del Castillo *tract. de Usufr. cap. 75. n. 5.*

In cujus rei firmamentum apertissimè cedit, quod verbis satis luculentis consignavit Paulus, dum ait: si proprietati nudæ in dotem datæ usus fructus accesserit, incrementum videtur dotis, quemadmodum si alluvione quid accessisset in

L. 4. de fund. total.

Unde fit, ut consolidatio ejusdem potius rei comunicatio, sive reversio quædam ad dominum directum, quam nova quædam acquisitio vocetur;

Moller. *lib. 4. semestr. cap. 25. n. 1.*
Franzk. *tract. de Laudem. cap. 16. n. 323.*

Weil

Weil auch 5.) ausfündigen Rechtens / quod Dominus & Vasallus ad paria judicentur, 67.

Bitsch. *Comment. in feud. 2. F. 6.*
Wesenb. *Cons. 212. n. 40. part. 5.*

& utriusque conditio par & æqualis esse debeat,

2. Feud. 26. §. 47.

adeò ut ex iisdem causis dominus proprietatem suam amittat, quibus Vasallus jure suo destituitur;

Curtius *de feud. part. 6. n. 1.*
Duarenus *de feud. cap. 15. n. 3.*

So will auch in dessen Conformität anderster nicht zu schliessen seyn / als daß bey erfolgendem Abgang des Herrn von Niederwinden / dessen Herrschafften Cajo als bisherigem Subvasallo zuwachse / und dessen utile dominium indirectum & plenum dominium, sich völlig verwandele / quos enim paritas & identitas rationis æquat, & æquali etiam jure & compendio frui debent,

L. 32. ad L. Aquil.

cum à pari potentia causæ par etiam effectus procedat,

L. 9. vers. & quemadmodum. ubi Gloss. & Dd. *de neg. gest.*

& in parificatis eadem juris dispositio & interpretatio non immeritò obtineat.

Everhard. *Top. leg. loc. à pari.*
Wesenb. *Cons. 4. n. 77. part. 1.*

Vorab dann 6.) und Letztens für sich selbsten zu erhellen scheinet / 68.
das bey der vi consolidationis erloschenen Feudal-Qualität / dem Cajo als künfftigem pleno Proprietario, mit der Herrschafft Niederwinden als einem Allodio, eigenen Gefallens nach zugebohren / und dieselbe entweder einem andern zu Lehen aufzutragen / oder für sich selbsten und seine Nachkommenschafft / so wohl Weib- als Männlichen Geschlechts / zu asserviren frey bleibe; cùm Bona allodialia liberæ Domini dispositioni subjaceant,

L. 21. C. mand. & in

& in rebus propriis suæ utilitati velificari cuilibet integrum sit & permissum.

L. 8. §. 5. si servit. vind.
L. 1. §. 12.
L. 21. de aq. & aq. pluv. arc. act.
Carpzov. *J. F. part. 2. const. 41. def. 11.*

RATIONES DECIDENDI.

69. Wie wenig aber auch diese Motiven zur angeregten und intendirten Consolidation einigen Beytrag thun können / dessen unhintertreibliche Anzeige werden aus folgenden nach Gelegenheit dieses Falls eingerichteten Vorstellungen sich hervor thun und geschöpffet werden können.

Und zwar 1.) ist vorläuffig zu wissen / daß die Reichs-Lehen in hoher Person eines Fürsten / Grafen und Herrn / zumal keiner Consolidation unterworffen seyen / quia in ejusmodi feudis Imperii nervus consistere dicitur, insecuta verò consolidatione fieret, ut in allodia transmutarentur, & oneribus Imperii eximerentur, ceu pluribus persequitur

Knichen. *de Vestit. pact. cap. 5. n. 251. & seqq.*

Accedit, quòd ea sit natura feudorum regalium, ut Bonis dominialibus accenseantur, ut hujus momenti quoque meminit

Knichen. *d. l. n. 254.*

Ast hoc ipsum cum laxamento quodam & eo sensu accipiendum, quo Principum reditus & emolumenta quævis, sive sint mensæ Domini incorporata, sive alio nomine percipiantur, Domanialium nomine veniunt, uti hoc modo se ipsum declarat

Knichen. *tract. de Saxon. non provoc. jur. verbo: Ducum Saxoniæ, cap. 7. n. 8.*

Et hoc nomine etiam aliis indigitantur, vocanturque vulgò Cammer-Gütter; Spring-

Springfeld *tract. de Apanag. c. 7. n. 27.*
Fritſch. *Man. Jur. publ. voc. domanium.*
Klock. *Conſil. 37. n. 52. tom. 1. & tract. de ærario lib. 1. cap. 7. n. 30.*

Aliàs vero ſignatè & propriè domanialia dicuntur, quæ Menſæ annonæ, victui & dignitati Principis ſunt deſtinata.

Brunnemann *Conſ. 129. n. 292. & Conſ. 130. n. 114.*
Modeſtin. Piſtor. *Conſ. 4. princ. vol. 1.*

Da nun in denen Reichs-Lehen der Conſolidation kein Platz ge- 70.
laſſen wird / ſo werden 2.) dieſe vielweniger mit denen davon dependirenden Subfeudis conſolidiret / und dadurch einem Subvaſallo acquiriret werden können / ſubfeuda ſiquidem ad ſe regalia feuda trahere non poſſe, in terminis terminantibus comprobat

Knichen. *de Veſt. pact. cap. 5. n. 257.*

Dann obgleich nicht ohne / quod ſubfeuda conſtituant partem feudi principalis,

Decius *Conſ. 389. n. 7.*
Menoch. *Conſ. 148. n. 12.*
Berretus *Conſ. 109. n. 4. & ſeqq.*

ejusdemque cum hoc ſint naturæ, utpote à quo dependent

Roſenthal. *de feud. cap. 7. concl. 46. n. 33.*

nil etiam impediat, quo minus ſubvaſallus ejusdem poſſit eſſe juris, quo vaſallus, à quo accepit, ſi hic fortè ſingulari quodam acquiſitionis titulo ad feudum adſpiravit;

Roſenthal. *cap. 5. n. 65. n. 1.*

So mag doch daher ad conſolidationem keine Folge erzwungen werden / cùm à parte ad totum non valeat argumentum, benè verò à toto ad partem,

Everhard. *loc. à toto ad partem.*
Richter. *Conſ. 17. n. 44. vol. 2.*

& partium quidem eandem esse rationem, quæ totius

L. *76. de R. V.*

Gail. *lib. 2. Obs. 60. n. 6.*

ast non aliter, quam si ejusdem sint qualitatis, cujus est totum,

L. 28. ubi Gloss. *de fund. instruct. vel instr. leg.*

dergleichen Qualität aber allhier in vielen Stücken ermangelt / sonderlich aber tàm ratione dependentiæ, dum subfeudum à Domino immediato ortum ducit & recognosci debet,

Duaren. *de feud. cap. 12. n. 13.*

Ludwell. *Syn. feud. cap. 15. sub fin.*

quàm etiam personarum, eò quod subvasallus dignitate, nobilitate vel authoritate, Vasallum raro vel nunquam æquat, cùm satis sit, si aptitudo ad servitia inter utrosque deprehendantur, ut aptè tradit

Struv. *Synt. feud. cap. 12. aph. 11. n. 2.*

Soviel aber die Aehnlichkeit der Natur betrifft / zielet dieselbe ad qualitates subfeudi, etiamnum subsistentis accidentales, veluti ut hoc sit fœmineum, si & principale ejusdem sit conditionis;

Rosenthal. *cap. 9. concl. 43. n. 5.*

Ast constat accidentium non haberi rationem, quia possunt adesse & abesse;

L. 3. ubi Bartol. *de tutel.*

Menoch. *de A. J. Q. lib. 2. cas. 201. n. 69.*

Jmgleichen kan ein Subvasallus in das Recht des Vasalli, ad quem fortè titulo legati, empti vel donati feudum delatum, tretten / jedoch anderer Gestalt nicht / quam si superioris Domini consensus eo nomine impetratus fuerit, cùm aliàs delato ad ipsum feudo subfeudum expiret,

Struv. *cap. 12. aph. 13.*

præprimis cum feudum emptum ex veriori sententia etiam inter

feuda

feuda propria non immeritò recenseri debeat, ceu probant

Bocerus *de qual. feud. cap. 5. n. 62.*

Struv. *cap. 4. aph. 15. n. 2.*

Da nun allschon vorhin zum öfftern Erwehnung geschehen / daß die Herrschafft Niederwinden des mehreren ein Reichs-Lehen seye / und solcher Gestalt das Schloß und Ambt Nida davon anderster nicht als ein Subfeudum dependire und recognosciret werde / so findet sich von selbsten / daß dasselbe mit dem Reichs-Lehen nicht consolidiret werden könne;

Und dieses auch 3.) dahero / da es mit denen Feudis regalibus 71.
diese Beschaffenheit hat / ut aliâ viâ atque modo constare nequeant, quàm si ab Imperatore, tanquam fonte omnis regalis dignitatis concedantur,

Rosenthal. *de feud. cap. 5. concl. 4. n. 1. & 2.*

Goden. *Cons. 3. n. 24.*

Roland. à Valle *cons. 100. n. 3. & seqq.*

Wesenb. *cons. 45. n. 28. part. 1.*

eâque de causâ in numero Sacrosanctorum contineri, verbis notabilibus insinuat

Gœddeus *Cons. Marp. 37. n. 99. vol. 4.*

Adeò ut concessio illa specifica & valdè expressiva esse debeat, cùm in signum supremæ potestatis Imperatori sint reservata, ac proinde sine speciali concessione translata haudquaquam reputentur,

cap. 4. X. de offic. legat.

cap. 81. de R. J. in 6to.

Finckelthaus. *disp. feud. 4. q. 22.*

tantum ergò abest, ut consolidatione, tanquam privata quâdam acquisitione ejuscemodi regalia obvenire possint,

arg. *cap. 12. X. de for. comp. §. pen. Inst. de Usufr.*

Wem sonsten dergleichen Feuda Regalia zustehen können / auch ausser Zweiffel / daß die Grafen deroselben zugleich fähig sind / solches be-

merckhen unter andern auch

Itter. *de feud. Imp. Regal. cap. 5. per tot.*

Wesenb. *cons. 299. n. 1. part. 1. & cons. 50. n. 15.*

72. Neben dem benimbt 4.) Cajo alle Hoffnung zur Consolidation, wann man betrachtet / quod hæc casu contingente ex naturâ suâ plenum ejus rei adjiciat dominium illi, qui hactenus infirmius quoddam jus in eâ habuit,

§. pen. Inst. de Usufr.

Dominium autem nonnisi rerum in commercio existentium esse possit;

L. 14. de acq. rer. domin.

§. 7. junct. §. 11. J. de R. D.

Scaccia *tr. de Commerc. §. 1. quæst. 1. n. 556. & seqq.*

Da nun fest stehet / quod jura regalia & feuda annexam dignitatem habentia non sint in commercio,

Knichen. *de Vest. pact. cap. 5. n. 167.*

so muß auch das ex consolidatione sonsten entstehende dominium, bey selbigem noch bleiben / und deren Genuß anderster nicht quàm ex concessione Imperatoris erhalten werden / wie wohl erinnert

Knichen. *de sublim. Territ. jur. cap. 1. n. 308.*

73. Woher es auch 5.) kombt / quod quamvis regalia ratione actus secundi sive exercitii penes eos, qui regalis alioquin dignitatis non sunt participes, esse possint;

Bechmann. *ad. A. B. Exerc. 8. n. 65.*

Ipsa tamen Regalia, quæ alicui ut Duci, Marchioni & Comiti competunt, in inferiorem transfundi nequeant,

Knichen. *dict. cap. 1. n. 312.*

adeò ut licet Princeps concedat inferiori jurisdictionem omnigenam, altam & bassam, ob id tamen in Vasallo, non sint regalia territorio illinita, cum Superioritas, quæ involvit regalia, illæsa & con-

& concessionis nescia perhibeatur, ceu ampliativè subnectit

Knichen. *ibid. n. 313.*

quo & pertinent, quæ similem in modum delineavit

Wesenb. *Cons. 198. n. 69.*

Tametsi enim jurisdictio dignitatis quoque speciem repræsentet,

Bartol. *in l. 1. C. de dignit. n. 20.*

non tamen is, qui jurisdictionem habet, regalia quoque nactus videtur

Imol. *ad. verb. cum mero. n. 16.*

Sixtin. *de Regal. lib. 2. cap. 2. n. 16.*

cùm omnis concessio præsuppositis terminis habilibus & subintellecto convenienti modo censeatur facta,

L. 43. ibi: per eum modum &c. de procur.

& in quâvis concessione Principis concedentis persona, ejusque singularis splendor & præeminentia semper intelligatur excepta,

Cap. 14. de præb. in 6to.

eò magis, quo concessiones per modum privilegii factæ strictissimam interpretationem recipiant;

Sixtin. *Cons. Marp. 9. n. 12. Vol. 1.*

Mit und beneben der solcher Gestalt cessirender Consolidation 74.
und freyen Eigenthumb fället auch 6.) und beschlüßlich / die Ausschließung des Niederwindischen neuen Lehen-Folgers von selbsten / cùm frustranea sit exclusio in defectu juris, ad alterius exclusionem tendentis,

Fulvius Pacianus *tr. de probat. lib. 2. cap. 24. n. 27.*

& exclusionis causa cessante, ipsa quoque exclusio cessare debeat;

Vultej. *Cons. Marp. 54. n. 136.*

Zumal da noch dahin stehet / ob auch die Lehens Expectanz so eingerichtet / daß der Lehens-Folger / Cajum bey dem einhabenden Sub-

feudo zu lassen / sich anheischig gemacht habe / wie dieser Punct sonderlich und weitläuffig ausgeführet worden in quæst. 2. Rat. Dec. 7. & seqq. wohin man sich dißfalls bezogen haben will.

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

75. Aus vorstehenden Satz-Gründen und Motiven finden die vorhin-angeregte Zweiffel-Gründe von selbsten ihre Abfertigung: Allermassen derivatio elenchi bey dem Ersten / Zweyten / Dritten und Vierten sattsam erhellet / indem allhier nicht die Frage de feudo in genere cum dominio consolidando, und ob dergleichen Consolidation favorabel, auch dadurch nova acquisitio verursachet werde / fürfällt / sondern vielmehr / ob die Natur und Eigenschafft Feudi Regalis bey Abgang desjenigen / dem solches von dem Ober-Lehen-Herrn ehedessen conferiret worden / verstatte / daß selbiges mit einem von dem Ur-Anherrn des jetzigen letzten Lehen-Trägers / des Caji Vorfahren / über ein gewisses Ambt und Schloß ertheilten Subfeudo consolidiret / und dergestalt der Subvasallus, mittelst seines particulier Subfeudi, des gantzen Feudi Regalis, oder der gantzen Herrschafft Niederwinden / theilhafftig gemacht werden könne? dessen Erörterung aber per inductionem negativæ, mittelst derer genugsam begründeten Rationum Decidendi, darstellig gemacht worden; Die Unerheblichkeit des Fünfften ergiebt sich an einem Theil dahero / daß in vielen Stücken æquiparatio Domini & Vasalli zumal keine statt finde / wie solches fusè gezeiget

Schrader *de feud. part. 6. cap. 7. n. 8. & seqq.*

Am andern Theil aber ins besondere / daß Feuda Regalia mit denen davon dependirenden Subfeudis keines Weges conjungiret / noch auch einem inferiori acquiriret werden können / wie in Rat. Dec. 2. & 5. sattsam demonstriret worden.

Und hierdurch ergiebt sich auch die Stürtzung des Sechsten / dann

dann da nach Art und Gelegenheit dieses Feudi Regalis, ein Subvasallus darvon abstrahiren / und daß solche nach Absterben des letztern Lehen-Folgers dem Ober-Lehen-Herrn wieder anfalle / und derselbe darmit nach Belieben verfahre / auch gar einem andern die Anwartung darauf ertheile / nachgeben muß / so folget von selbsten / daß der angegebene Allodial-Effect in der Persohn des Subvasalli allerdings unterbleibe und cessire.

Und durch diese Entledigung / ist ohnschwehr zu bemercken daß die

Vierte Frage

allerdings umsonst und vergeblich seye / immassen bey dergestalt nothwendig verbleibender Consolidation, auch von einigen Mittlen / so hierzu Vorschub thun könten / zumal nicht gefraget werden kan; Cùm, prohibito uno, omnia censeantur prohibita, per quæ ad illud pervenitur 76.

cap. 39. de R. J. in 6to.
Surdus *Cons. 301. n. 74.*

& remotio unius inducat remotionem omnium mediorum alioquin habilium;

L. 11. §. 1. ad exhib.
L. 9. §. 1. si quis caut. jud. sist.

Wie denn auch denen Niederwindischen Allodial-Erben offenbahr entgegen stehet / daß sie bey erfolgendem Abgang des letzten Lehen-Folgers / zu dessen Feudo Regali sich so wenig ziehen / als wenig sie Dotem & Legitimam daraus mit Fug prætendiren können / es seye dann / daß keine Erb-Gütter vorhanden / wie ex Rat. Decid. 2. quæst. 1. zu ersehen / oder aber zu Erhaltung eines Feudi die meiste Mittel dabevor angewendet worden / wie hierauf deutet 77.

Struv. *Synt. feud. cap. 14. aph. 19.*

auch sothane Meynung durch die selbst-redende Billigkeit unterhalten wird /

wird / obgleich einige Rechts-Lehrer davon abgehen / unter welchen sich auch befindet

Finckelthaus. *disp. feudal. 6. q. 31.*

deren Gründe aber allein ad denegationem successionis feudalis, wovon keine Frage ist / nicht aber semel legitimæ ex feudo præstandæ sich appliciren lassen / cùm enim hæc succedat loco alimentorum,

Novell. 18. cap. 3.

& liberis jure naturali debeatur,

L. 7. pr. de bon. damnat.

L. 36. §. 2. C. de inoff. testam.

eâque de causâ eos in legitimâ defraudari haud conveniat;

t. t. C. de inoff. donat.

Sanè non debet vel potest denegari illis, qui per comparationem feudi viscera patrimonii imminuta esse, conqueri necesse habeat.

Struv. *dict. loc.*

Da auch Letzlich durch Abhandlung der zweyten Frage überflüßig begründet worden / daß der künfftige Lehens-Folger die Herrschafft Niederwinden mit Bestand in Anspruch nehmen könne / so wird leicht gefunden werden können / daß gegen Selbigen keine in Rechten gegründete Remedia vorhanden / sondern vielmehr derselbe / im Fall kein anders in der Lehens-Expectanz versehen worden / das Schloß und Ambt Nida wieder zu sich zu nehmen / und mit seinem neuen Lehen zu vereinbahren berechtiget seye. Welchemfalls für Cajum das beste Mittel zu achten / wann er sich beym jetzigen Lehens-Expectanten zeitig anmelden / und um Beybehaltung seines Subfeudi cum oblatione fidei, servitiorum & obsequii gebührsamste Instanz zu thun bemühet seyn wird; Von Rechtswegen. Und daß dieses Unser Rechtliche Meynung seye / haben wir zu dessen Beurkundung des Hochfürstl. Heßischen Sambt Hoff-Gerichts-Insiegel darunter drucken lassen. So geschehen Marpurg den 24. Nov. 1704.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM *VI.*

An pecunia à Patre in emptionem feudi novi pro heredibus masculis collocata vel feudi empti æstimatio detractioni Legitimæ subjaceat, eamque filia de jure prætendere valeat?

An feudo hoc pro majori pretio iterum vendito illa pecuniæ ex feudo redactæ similiter fiat particeps?

Ob in dem Fall/da der Vatter ein neu Mann-Lehen erkauffet/ dessen Tochter die Legitimam von dem Kauff-Schilling oder den Werth des erkauften Lehen-Guts anzuheischen befugt?

Wann sothanes Lehen nachgehends höher verkaufft wird/ ob selbige an dem daraus erlösten Kauff-Geld Theil habe?

SUMMARIA.

1. *Licet Fœminæ Legitimam ex ipsis feudi visceribus vel ejus æstimatione petere nequeant, pecunia tamen in emptionem feudi collata detractioni subjacet;* vid. tamen. n. 4.
2. *Eæq; jus in ipso feudo æstimando ad effectum pignoris detrahendæ legitimæ habent.*
3. *In feudo tamen empto succedere haudquaquam possunt.*
4. *Legitimam an filiæ ex feudo emptitio petere possint, latius deducitur.*
5. *Pretium quidem succedit in locum rei, haudquaquam verò res in illius locum surrogatur, quæ à juris analogiâ abhorrent, à quâvis dispositione exulare debent.*
6. *Res quatenus æstimationem contineat?*
7. *Pecunia vel alia res, quam transactionis nomine quis pro feudo accepit, feudum non est, & pecunia soluta sicut penes emptorem ceu allodialis extitit, ita in eâdem qualitate ad venditorem transit.*
8. *In tantum ut ne mutuâ quidem*

 dem

dem conventione pecuniæ ex feudo redacta feudalis vel prædium allodiale inde redactum feudale efficiatur.

9. *Filiæ in feudis non succedunt, sed de bonis duntaxat allodialibus partem debitam detrahunt.*

10. *Divisio cur non cadat in res alias, quàm quæ in communione fuerunt.*

11. *Divisione hereditatis semel factâ hoc nomine amplius agi nequit.*

12. *Frustra petitur, quod quis jam habet.*

13. *Viventis nulla est hereditas, & in linea rectâ constituti collaterales excludunt.*

14. *Diversitas personarum & factorum diversitatem quoq; juris inducit.*

SPECIES FACTI.

Ein Vatter hat in Anno 1680. mit Conseus des Lehen-Herrns von vorigem Vasallo ein Mann-Lehen erkaufft pro 1000. Gulden. Nach zehen Jahren aber ist der Vatter mit Verlassung eines Sohns und einer Tochter verstorben / und hat damals der Sohn auf Absterben des Vatters sich in Mann-Lehen-Qualität hinwieder darmit belehnen lassen / auch nach 12. Jahren nach seiner Investitur mit vorausgewürckten Consens des Domini directi sothanes Lehen itzo vor 3000. Gulden / und demnach dreyfach höher / als es der Vatter erkaufft / verkaufft / und suchet von diesem Kauff-Geld der 3000. Gulden itzo die Tochter Trientem, der Bruder hingegen erkennet sich Ihr zu nichts / und giebt vor / daß es bereits beym vorigen Vasallo ein Mann-Lehen gewesen / und dessen Qualität unimmutiret geblieben / auch von ererbten stattlichen Allodialien die Töchter ein reiches überkommen / und im Fall Ihr wegen dieses Lehens etwas competirte / solches nicht von itzigen Kauff-Geldern der 3000. Gulden / an welche der Bruder das Lehen nach Verlauff 12. Jahren nach des Vatters Tod gebracht / sondern von denen 1000. Gulden davor es der Vatter erhandlet / zu verstehen und zu rechnen wäre. Die Tochter führet pro Argumento, daß dieses Lehen bey dem Vatter/

ter / intuitu des neuen Kauffs / pro Feudo novo zu achten seye / per tradita

Vultej. *de feud. cap. 8. n. 7. vers. similiter.*
Struv. *Syntagm. Juris feudal. cap. 3. aphor. 2.*
Ludw. *de feud. cap. 22. p. 62. & seqq.*

Und dahero denen Töchtern und respectivè Schwestern ein / wo nicht gleiches Antheil / doch wenigstens die Legitima, da ungezweiffelter gereicht werden müsse / als mehr sonsten zur Succession eines solchen Feudi auch Fœminæ geruffen würden;

Gail. *2. Obs. 159. n. 5.*

Und daß Triens vom Kauff-Schilling ihr gebühre / wann sie vom Lehen abstehen solle / ist sich bezogen

ad Vultej. *tr. de feud. lib. 1. cap. 9. n. 105. in fin.*
Rosenth. *de feud cap. 7. concl. 13. n. 31. vers. secundo declaro. & vers. pro æstimatione.*
Berlich. *part. 3. cent. 11. n. 45. vers. hoc tamen.*
Gail. *cit. lib. 2. Obs. 159. n. 5.*

Qu. Ob aus obberührten des Bruder oder aus welcherley Gründen die Tochter und resp. Schwester von diesem Lehen und dessen Kauff-Geld abzuweisen / oder ob nicht allenfalls auf das pretium der 1000. Gulden / so der Vatter an das Lehen verwendet / und es davor gekaufft / oder auf den Werth / in welchem es / als vor 12. Jahren der Vatter abgelebt / gestanden / als auf itzigen erlangten grossen Kauff-Schilling zu sehen?

RESPONSUM.

Indem mir Endsbemeldtem ein gewisse Facti Species und eine 1.
daraus gezogene Frage zugeschickt / auch darüber ein Rechtliches Responsum zu ertheilen ersuchet worden / so habe Beydes mit behöriger Sorgsamkeit verlesen / wohl erwogen / und spreche darauf für Recht; Daß so viel die jenige 1000. Gulden / wovor ein

 Mann-

Mann-Lehen mit des Lehen-Herrn Consens im Jahr 1680. erkauffet worden/ anreicht / des Kauffers und Lehen-Manns Tochter derentwegen einen Trientem, falls nur dieselbe dardurch in Legitimâ nicht graviret worden / mit Fug und Bestand zumal nicht prætendiren könne. Dann obwohl die Interpretes darinnen nicht einstimmig sind / ob auch die Töchter in dem Fall / da der Vatter ein neu Lehen für seine Männliche Erben erkauffet / die Legitimam anzuheischen berechtiget seye? Auch einige solches der Billichkeit von deßwegen ähnlich zu seyn erachten wollen / weil die Kauff-Summ eben dadurch / daß dargegen ein Lehen erhalten worden / gleichsam annoch in substantia vasalli vorhanden seye / und deßwegen denen Töchtern soviel / als ihre Legitima ertrüge / davon abgestattet werden müste / quantumvis enim Legitimam ex ipsis feudi visceribus vel ejus æstimatione petere nequeant, ratio tamen sit habenda pecuniæ in emptionem feudi collocatæ, quæ meritò detractioni Legitimæ subjacere debeat, ceu fusè & multis rationibus propugnat

Hartmann. Pistor. *lib. 2. part. 2. quæst. 38. n. 63. & seqq.*

quem etiam sequitur

Klock. *Cons. 124. n. 226. tom. 3.*

& novissimè plures in consensum adducens

Brunnemann. *Cons. 5. n. 35. & seqq.*

2. Andere auch weiter gehen und dahin zielen / daß die Æstimation selbsten des neuen Lehens in die gemeine Theilung einzuwerffen seye / eò quod fœminæ jus in ipso feudo æstimando ad effectum pignoris detrahendæ Legitimæ habeant, wie hiervon Meldung geschiehet in Relationibus Cameralibus

Thulemaieri *part. 2. Relat. 22. n. 23.*

3. Anietzo deren nicht zu gedencken / so gar auf die Gedancken verfallen / quòd fœminæ etiam in feudo empto succedere possint, allermassen solches verfechten

Gail. *lib. 2. obs. 159. n. 3. & seqq.*

Tessaur.

Tessaur. *decis. 146. n. 6.*
Menoch. *Consil. 489. n. 17.*
Surdus *Cons. 105. n. 11.*

Denen aber mit bessern Gründen entgegen stehen

Rosenthal. *de feud. cap. 7. concl. 34.*
Schrader. *de feud. part. 7. cap. 4. n. 5.*
Hartm. Pistor. *dict. quæst. 38. n. 47. seqq.*

So erlanget doch derer Rechts-Lehrer Meynung weniger nicht einen mehreren Beyfall / als auch mit stärckeren Gründen begleitet wird / welche behaupten / es könnten die Töchter so wenig aus einem unerkaufften Lehen als wenig dessen Werth oder auch darvon erhaltenen Kauff-Geld ihre Gebührnus an der Legitima suchen / es seye dann / daß der Vatter entweder sein gantzes Vermögen / oder doch den mehrern Theil zu Erkauffung eines Lehens angewendet / und dadurch die Erb-Gütter dermassen erschwächet hätte / daß die Töchter desjenigen was ihnen die Natur und darauf gegründete Civil-Rechte zulegten / sich allerdings beraubet sehen müsten / welchenfalls denen Lehens-Folgern obliege / sie die zugehörige Legitimam hinnehmen zu lassen / gestalten solches nicht nur in veritate theoreticâ gegründet zu seyn eruditè & solidè zeiget 4.

Fachin. *lib. 7. cap. 47. per tot.*

sondern auch in triturâ forensi durch bemercksame præjudicia darthun und beglaubt machen

Carpzov. *J. For. part. 2. const. 46. def. 24. & part. 3. const. 9. def. 30.*
Mynsing. *cent. 5. Obs. 73.*

ubi n. 4. notabiliter addit, quòd in supremo Cameræ tribunali fœminarum successione in feudis quidem novis admittatur.

Dahero nothwendig dieser Schluß entspringet: Gebühret denen Weibsbildern in Feudis novis kein Erb-Recht / und aber nicht zu laugnen / daß auch Feudum Emptitium pro Feudo & quidem novo

zu achten seye / wie solches wol schliesset

Mynsing. *dict. loc.*

so liegt auch dem Mann-Stamm nicht ob / denenselben einigen Abtrag ratione Legitimæ vel ex Feudi empti æstimatione vel ejus pretio zu thun / mehrers anerwogen / quòd sicut fœminæ ab ipso feudo, ita etiam ejus æstimatione arceantur;

Finckelthaus. *disp. feud. 6. th. 7. n. 2.*

Worzu kombt / quòd Legitima sit portio ejus, in quo quis ab intestato est successurus,

L. 8. §. 8. de inoff. testam.

cùm autem fœminæ in feudis ab intestato non succedant,

1. Feud. 8.

etiam Legitimam inde petere nequeunt, wie solche Momenta Doctores insgemein anführen / allermassen zu sehen beym

Heigio *part. 1. quæst. 25.*

Carpzov. *dict. p. 3. const. 9. def. 29.*

auch dißfalls noch andere beybracht und cumuliret hat /

Schrader. *dict. part. 7. cap. 5. n. 46. & mult. seqq.*

5. Zu diesen allerwegen vorkommenden Gründen kombt auch dieser bemerckſame Lehr-Satz und Momentum, quòd pecunia quidem seu pretium succedat in locum rei,

L. 39. de Usufr.

inauditum autem sit in jure, ut viceversa res, corpus vel prædium surrogetur in locum pretii;

arg. *§. 6. ibi: qui rem habet, agere non potest. Inst. de legat.*

Welches doch nothwendig geschehen müste / wann man sagen wollte / quòd Legitima non quidem ex feudo ipso, benè verò ex pecunia, quâ emptum, præstari debeat: Ast verò, quæ à juris analogiâ abhorrent & absurditatem implicant à quâvis dispositione ac divisione exulare debent;

L. 7.

L. 7. de bon. libert.

L. 1. §. 4. de public.

Wollte man schon gleich dagegen versetzen / eum, qui rem habet, etiam æstimationem habere, quæ rei insit, 6.

L. 88. de Verb. Signif.

So ist es doch an deme / quòd res contineat quidem æstimationem virtualiter, & quatenus habilis est, ut æstimetur, haud verò effectivè seu eum in finem, ut in æstimationem vel pretium fœminæ ratione Legitimæ succedere debeant, ceu hoc firmo & stabili argumento utitur laudatus antea

Finckelthauf. *cit. loc.*

Soviel aber die jenige 3000. Gulden wovor des Lehen-Käuffers Sohn 7.
nach Ablauff 12. und mehrer Jahren von Zeit erhaltener Investitur an gleichfalls mit des Lehen-Herrn Consens sothanes Lehen wiederum losgeschlagen und distrahiret / anbelanget / so will es das Ansehen gewinnen / als wann derselbe seiner Schwester den gesuchten Trientem daran abfolgen und angedeyen lassen müsse.

RATIONES DUBITANDI.

An einem Theil per textum expressum in

2. Feud. 26. §. si vasallus.

ubi disertis verbis legitur: *pecuniam vel aliam ejusmodi rem, quam transactionis nomine quis pro feudo accepit, non esse feudum.*

Am andern Theil aber / quod dubio procul pecunia soluta penes emptorem ceu allodialis extiterit, & eapropter in eâdem qualitate ad venditorem transire soleat ac debeat,

L. 48. §. ult. de furt.

eò magis quò venditor eâ de causâ ad distractionem prosiliit, ut vasallus esse desinat, & pretium ex feudo redactum corpori sui patrimonii inserat, animus siquidem talis præsumitur, qualem facta demon-

demonstrant,

L. 1. §. ult. de dol. mal.
L. 6. si cert. petat.

8. So gar / daß die Interpretes dafür halten / es könne nicht einmal mutuâ conventione veranstaltet und erhalten werden / ut pecunia ex feudo redacta fiat feudalis, wie zu sehen beym

Struv. *Syntagm. feud. cap. 4. aph. 6.*

Ja es vermöge auch nicht ejusmodi pecunia zuwegen zu bringen / ut prædium allodiale inde redactum efficiatur feudale, ceu monet

Rosenthal. *de feud. cap. 4. concl. 3. n. 3.*

Und obgleich einige auf eine widrige Meynung incliniren / so wird doch jetzt-bemeldte nicht nur verior, sondern auch communior, geachtet / ut non saltem probant sed & contraria diluunt

Carpzov. *part. 3. const. 30. def. 1. n. 5. & 6.*
Ludwell. *Synops. feud. cap. 12. pag. mihi 307.*
Finckelthaus. *disp. feudal. 3. quæst. 10.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

9. Alldieweilen aber 1.) in gegenwärtigem Fall nicht der Vatter sondern der Sohn als Lehens-Folger zu Veräusserung des Lehens geschritten / und dahero als Jener dieses Zeitliche gesegnet / das Lehen in seinem vorigen Stand und bey dem Geschlecht geblieben / mehr aber nichts als dessen Erb-Gütter zu theilen gewesen / cùm planum sit & expeditum filias in feudo non succedere,

1. Feud. 8.

sed de bonis duntaxat allodialibus partem debitam detrahere;

§. 7. Inst. de Exhæred. liber.

10. Mehrers anerwogen / daß gleichwie 2.) das Lehen mit der Tochter niemals

niemals gemein seyn können / also auch Sie von dessen Theilung nothwendig abgesondert seyn und bleiben müssen / cùm divisio non cadat in res alias quàm quæ fuerunt in communione,

L. 2. & 3. comm. divid.

intentio siquidem dividentium est, ut à communione discedatur, & quisque suam portionem accipiat & acquirat;

L. 3. & ult. C. eod.

Auch 3.) durch Vertheilung der Vätterlichen Erb-Gütter / so 11.
Zweiffelsohn schon vorlängst geschehen seyn wird / die Schwester von allem ferneren Anspruch / so Sie daran gehabt / gäntzlich abgeschnitten worden / divisione enim hereditatis semel factâ hoc nomine amplius agi non potest,

L. 20. §. 4. famil. hercisc.

Gloss. & Dd. *in L. 1. C. eod.*

Zumahlen da selbige 4.) ausser allem Zweiffel / dero Zeit ihre völ- 12.
lige Legitimam oder wohl mehr daran erhalten / und dahero über eine erlittene Verkürtzung sich im geringsten nicht beklagen / noch deren Brudern auf einige Weise in Anspruch nehmen kan / frustra enim petitur, quod quis jam habet,

§. 6. I. de Legat.

& contra bonam fidem est bis idem exigere,

L. 57. de R. J.

Hingegen aber 5.) mit dessen Erbschafft / als worein der aus dem 13.
veräußerten Lehen erhobene Kauff-Schilling gehöret / sie so wenig bey Lebzeiten / cùm viventis nulla sit hereditas,

L. 1. de hered. vel act. vend.

als auch nach dessen künfftig erfolgenden Hintritt / Falls Descendenten vorhanden / nichts zu thun hat / cùm in lineâ rectâ constituti collaterales oppidò excludant,

Nov. 118. cap. 1. & 3.

14. Was dann 6.) und beschließlich den obmovirten Zweiffels-Grund betrifft / selbiger allein Platz ergriffen hätte / Falls von dem Vatter selbsten das erkauffte Lehen wiederumb veräussert / und die darvon erhaltene Kauff-Summ zu seinen Allodial-Güttern geschlagen / und biß in seinen Tod dabey gelassen worden wäre / ut ita diversitas personarum & factorum diversitatem quoque juris inducat,

L. ult. de Calumn.

L. 20. de minor.

Als ist es an deme / daß so wenig die Schwester gegen ihren Brüdern wegen des an sothanen 3000. Gulden / ihro vermeyntlich zukommenden Trientis eine zu Recht bestehende Klage ergreiffen / als wenig ein einiger Prætext dißfalls etwa concurrirender Bilichkeit beygezogen und vorgeschirmet werden könne / sondern vielmehr sie mit ihren Ansinnen ob defectum tam juris quàm æquitatis sich zur Ruhe bequemen müße; von Rechts wegen.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM *VII.*

IN MATERIA ÆDILITII EDICTI CIRCA EQVUM VENDITUM, QUI IN ITINERE LAPSU PERIISSE DICITUR.

In Puncto Ædilitii Edicti ein verkaufftes Pferd / so durch einen auf der Reiß gethanen Fall beschädiget worden / und kurtz hierauf crepiret / betreffend.

SUMMARIA.

1. *Quando putredo contractu antiquior præsumatur?*
2. *Asserenti equum jam antea fuisse vitiosum, probatio incumbit.*
3. *Licet vitium subsit internum, post venditionem tamen supervenisse præsumitur, si elapso triduo apparuerit.*

SPECIES FACTI.

Titius hat dem Sempronio auf offenem Marckt ausser Lands ein Pferd abgehandelt / und als er mit selbigem auf dem Weg nacher Haus einen Rain hinauf geritten ist / dasselbe mit ihme umgeschlagen / und endlich gar schwehr wieder aufzubringen gewesen / darauf auch wahr genommen worden / daß an dem Ort / wo der Fall hinkommen / die Haar abgegangen / das Pferd immer getrauret / und kein Futter zu sich nehmen wollen / auch den zehenden Tag hernach crepiret / und dahero die Frage entstehet: Weme der Schade dieses Pferds unter diesen Beyden von Rechtswegen zu tragen zuerkandt werden könne?

RESPONSUM.

1. OB dann wohl derselbe auf den Sempronium zu fallen scheinet/ indeme bey Abdeckung des Pferds nicht nur ein Anfang eines Geschwärs an der Lungen / sondern auch ins besondere schwartz Geblüt um das Hertz sich gesetzet / und dahero einer von denen Pferd-Aertzten / so dabey gewesen / eine innerliche Fäule / welche allschon tempore contractus vorhanden gewesen seyn müsse / urtheilen wollen / und dann die Interpp. dafür halten / quod ejusmodi putredo antiquior præsumatur, wie zu sehen beym

2. Franzkio *de ædil. edict. n. 70.*

Alldieweil jedoch 1.) das Pferd / indem es auf dem Weg den Rain hinauf gehen müssen / umgeschagen / und einen gefährlichen Fall gethan/ auch dardurch 2.) eine Ader im Leib zersprungen / und durch das überhäuffte Geblüt das Hertz ersticket seye; Dahero 3) zu muthmassen / daß selbiges vorhin frisch / und daran kein Fehler zu verspühren gewesen / nach dem Fall aber allerdings abgestanden / und kein Futter annehmen wollen; Hingegen aber 4) daß es vitio interno allschon tempore contractus laboriret / keine genugsame indicia vorhanden; Allermassen 5.) dardurch / daß das Geblüt um das Hertz sich versammlet gefunden / keine putredo præcisè zu schliessen / auch von dem andern Pferd-Artzt / so der Abdeckung mit beygewohnet / dafür nicht geachtet werden wollen; Ohnedeme auch 6.) dem Titio, quod equus jam antea fuerit vitiosus, zu erweisen obgelegen.

Struv. *Exerc. 27. th. 5. in fin.*

3. Uber das 7.) und Letztens die Rechts-Lehrer in der Meynung stehen / quòd quamvis vitium subsit internum, tamen post venditionem supervenisse præsumatur, si elapso triduo apparuerit;

Carpzov. *p. 2. const. 34. def. 18.*

So wäre der unvergreifflichen Meynung / daß im Fall keine andere Umstände mit unterlauffen / indeme der Pferd-Aertzte Gutdüncken nicht zu Handen bekommen / Sempronius von der gegen ihn angestellten Klage zu absolviren seye; von Rechts wegen.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM *VIII.*

ROTULUS EXAMINIS ET ATTESTATIONUM, CUJUS SUMPTIBUS EDENDUS ET COMMUNICANDUS?

Auf wessen Kosten der Rotulus auszulösen und mitzutheilen?

SUMMARIA.

1. *Rotulus Examinis & Attestationum de genere eorum est, quæ non à parte adversâ desiderari debent, sed sumptibus petentis incumbunt.*
2. *Post productionem Rotulus solet esse communis ac editio actorum ad impendia partium pertinet.*
3. *Idq; etiam in quibusvis Tribunalibus ita servari ostenditur.*
4. *Nemo pro alio impensas facere nec adversario suo litis expensas suppeditare aut gemino sumptu onerari debet.*
5. *Similiter alia Acta judicialia nec non rationes sumptibus petentis impetrari debent, copiâ libelli primi solùm exceptâ.*
6. *Bignale Rotuli in scriniis Tribunalium asservatur, ac proinde satius est, ut copia integra & illibata exinde communicetur.*
7. *Nemo tenetur edere Acta, quæ quis suo sumptu redemit.*
8. *Acta judicialia ob interesse petentis sumptibus tamen illius edi solent.*
9. *Unde etiam Compulsorialibus clausula generalis: quod sumptibus petentis editio fieri debeat, inseri solet.*
10. *Pars adversa ad exhibitionem eorum, quæ ansam disputandi dare possunt, nec reus ad Instrumenta Actori edenda haudquaquam tenetur.*

REPONSUM.

1. Auf die zwischen Thönnisen H. zu T. und Everti R. zu D. in puncto eingeklagter Injurien bey Churfürstl. C. Cantzley zu A. verhandelte / und Uns Ends-Bemeldten zugefertigte Acta, um hieraus zu referiren / und Unser Rechtliches Gutachten / befundenen Dingen nach / darüber zu eröffnen / verhalten wir widerantwortlich nicht / daß obgleich der Kläger H. sich in puncto des von dem Beklagten den 7ten Julii nächst vorigen Jahrs erhaltenen Rotuli, seithero aufgehalten / und durch viele den 26ten Octobr. ejusdem Anni vorgekehrte Motiven, als seye der Beklagte ihme diesen seinen Rotulum suis sumptibus zu schaffen und zu communiciren verbunden / kurtzum behaupten / mithin auch sein Petitum hierauf einrichten / und Parificationem Actorum anbey suchen wollen / dannoch dieses sein Suchen allerdings abwegig / an völliger Entscheidung der Haupt-Sache behinderlich / und dahero bloser Dings abzuschlagen / auch ihme solchen des R. Rotulum auf seinen Kosten anzuschaffen / aufzulegen seye;

In gründlicher Erwegung / daß 1.) Rotulus Examinis & Attestationum de genere eorum seye / so nicht à parte adversâ erwartet / sondern vielmehr auf innständiges Anhalten aus der Cantzley selbsten erhoben und behändiget werden müsse / wie solches mit klaren austrücklichen Worten versehen in

Recessu Imperii Noviss. *de A. 1654. §. 56. ibi :* Daß der Antworter dagegen in der dazu erhaltenen Zeit in quarto termino, so nach Grösse des Rotuli und Attestationum oder sonsten nach Gelegenheit der Sachen zu ermessen / „ von „ dem Tag an zu rechnen / als ihme die Copey obberührter „ einbrachter Beweisung aus der Cammer-Gerichts-Cantz- „ ley auf sein fleißiges Anhalten behändiget worden / seine Einrede / Exception und Auszug / und in demselben omnia zu produciren schuldig seyn solle.

Certi

certi autem & expediti juris est, quod ea, quæ vel ab Actore, vel à Reo desiderantur, aut efflagitari debent, sumptibus petentis incumbant,

L. quoniam. 11. C. de Testib.

Berlich. *part. 1. conclus. 43. n. 26.*

Feltmann. *ad L. 11. de Edend. n. 3.*

in tantum ut hanc communem & in ratione fundatam conclusionem esse pronunciet;

Gail. *lib. 1. obs. 99. n. 1.*

Allermassen gleichwie 2.) mit den Zeugen / so bey einer Sache an ein oder ander oder auch an beyden Seiten angegeben und abgehöret worden / es solchergestalt bewandt / ut statim post productionem in communi litigantium usu sint, wie cum Glossa bewähret 2.

Cravetta *Cons. 327.*

non minus ut etiam rotulus post productionem solet esse communis, teste

Mevio *parte 2. decis. 70. n. 1. & 2.*

also will sich auch anderster nicht schicken / als daß beyde Theile denselben Gerichtlich auslösen / und solchen zu ihrer allerseitigen Nothdurfft anschaffen müssen / quod enim utriusque cedit commodo, meritò etiam utrumque oneri implicare debet;

L. secundum. 10. de R. J.

L. cum pater. 11. de pact. dotal.

Unde editionem Actorum ad impendia & onera partium pertinere consuluit

Baldus *Cons. 316. Vol. 4.*

Welche Meynung dann auch 3.) in allen und jeden Tribunalibus & Dicasteriis jederzeit in acht genommen worden / und noch täglich mit Auslösung eines Rotuli es auf solche Weise gehalten zu werden pfleget / à stylo autem tanquam communi lege & practica confir- 3.

confirmatâ nequaquam recedendum,

L. Labeo. 21. de stat. liber.

L. ult. C. de injur.

Roland à Valle *Cons. 70. n. 12. Vol. 1.*

in tantum ut si stylus Curiæ infringatur, nullatenus valeat, quod agitur;

Baldus *in L. de quibus 32. de LL. n. 56.*

4. Und wann 4.) im Gegentheil dem Beklagten seinen ermeldten Rotulum dem Klägern zuwegen zu bringen und mitzutheilen obliegen sollte / so würde gewißlich derselbe zu seiner Beschwehrung einem andern zu Gefallen Auslage thun / und dergestalt sich mit doppelten Unkosten beladen lassen müssen / nemo autem cum suo incommodo alterius utilitati velificari, proque eo impensas facere tenetur ceu eleganter & apposité Imperatores rescripsisse refert Ulpianus in

L. Imperatores 17. de tut. & rat. distrah. ubi ita eleganter legitur:

Non habet Rationem postulatio tua volentis in sumptum litis ab his scil. tutoribus tibi pupillo pecuniam subministrari.

Ex quo notabili rescripto hoc brocardicum: quod nemo Adversario suo adversus se ipsum litis expensas suppeditare teneatur, collegit

Baldus *ad dict. L. 17.*

Præterea rationi & æquitati parum convenit, ut gemino sumptu atque duplici onere quispiam oneretur, ac hoc modo iniquè opprimatur;

L. cogi. 16. §. 3. ad SCt. Treb.

L. Sticho. 36. in fin. de Usufr. leg.

L. 3. §. ult. ut in poss. legat.

Surdus *Cons. 115. n. 14. & seqq.*

5. Hierzu kombt 5.) daß die Interpretes das jenige / was beym Rotulo Rechtens / auch ad alia Acta judicialia & forensia,

Maranta *Specul. Aureo. part. 6. tit. de actorum editione. n. 62.*

wie

wie auch gar ad Rationes, so gleichfalls petentis sumptibus erhoben werden müsten / ziehen und erstrecken/

Menoch. *de A. J. Q. lib. 2. c. 128. n. 16. 18.*
Mevius *part. 2. decis. 128. n. 9.*

hiervon aber weiter nichts als copiam libelli primi, welcher auf Kosten des Klägers mitzutheilen seye ausnehmen / wie zu sehen beym

Maranta *cit. loc.*

Exceptio autem firmat Regulam in casibus non exceptis,

Alexander *Cons. 125. n. 4. & 5. lib. 2.*

Uber das wird 6.) Originale Rotuli gleichwie aller andern Gerichtlicher Actorum bey denen scriniis Tribunalium behalten / und bloßhin davon copia den jenigen / so darum anhalten / verstattet; 6.

cap. quoniam. 11. X. de probat.
Richter. *part. 3. decis. 126. num. 3. & seqq.*

Damit nun solche copia integra illibata & originali conformis erhalten werden möge / so ist es vorträglicher / daß selbige von denen Gerichten selbsten / nicht aber von der Gegenseitigen Parthey / erhalten und communiciret werde.

Bevorab da 7.) der gemeine Rechts-Schluß dahin gehet / quod nemo teneatur edere acta, quæ quis suo sumptu redemit, 7.

Pacianus *de Probat. lib. 1. c. 65. n. 122.*
& cap. 64. n. 34.

Dannenhero dem Beklagten den jenigen Rotulum, so er selbsten für sich ausgelöset / von sich zu geben / und einem andern zu überlassen / keines Weges zugemuthet werden kan.

Diesem allem schlägt auch 8.) nachdrücklich bey / daß einig und allein ob Interesse Petentis die Gerichtliche Acta ediret und communiciret zu werden pflegen; 8.

L. si quis 6. §. 5. L. veluti. 7. de Edend.
L. in hâc actione. 3. §. 9. ad exhib.

Wann aber dem Richter solches gezeiget und beglaubt gemacht worden / so wird die gebettene copia anders nicht als sumptibus Petentis verstattet / wie offenbar bezeiget Ulpianus in

L. Prætor. 4. §. ult. in fin. de Edendo.
L. sed et si hereditas. §. 1. ad exhib.
Althus. *lib. 1. dicæolog. c. 95. n. 29. seqq.*

9. Dahero dann 9.) sonderbar recipiret und conformi Judiciorum more comprobiret worden / daß denen Compulsorialibus diese clausula generalis, quòd sumptibus petentis editio fieri debeat, angehänget zu werden pflege / wie wohl erweiset

Mevius *part. 6. decis. 111. n. 4.*

Non infrequens enim est, ut id, quod jam tum aperti juris est, non saltem à Contrahentibus & Testatoribus, verum etiam à Judicibus exprimi & majoris declarationis ergo subjungi ac moneri soleat.

L. 19. vers. ult. de Usufr.
L. quæ dubitationis. 81. de R. J.

10. Und wem ist 10.) und Letztens unbekandt / was Imperiali Rescripto schon vorlängst sanciret und bekandt gemacht worden / nimis grave esse, urgeri partem adversam ad exhibitionem eorum, quæ negotium facere, & ansam disputandi dare possunt;

L. nimis grave. 7. C. de Testib.

Cùm etiam in vulgus notum sit, Reum ad Instrumenta Actori edenda nequaquam teneri;

L. qui accusare. 4. L. ult. C. de Edend.

Etiamsi de plano & summariè duntaxat procedatur.

Klock. *Cons. 37. n. 273. tom. 2. ubi plures citat.*

Sind wir demnach der Meynung / daß nachfolgende Sententia interlocutoria, confirmatoria, circa Punctum petitum zu publiciren seye.

Bescheid.

Bescheid.

In Sachen Thönnisen H. zu T. Recurrenten an einem / entgegen und wider Everten R. zu D. Recurrirten am andern Theil / einige eingeklagte Injurien betreffend / erkennen und sprechen wir Churfürstl. zur Westphälischen Cantzley verordnete Lands-St. und Räthe dem bißherigen gethanen schrifftlichen Einbringen nach auf eingeholten Raht auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht; Daß es bey deme den 5ten Octobr. 1695. ertheilten Interlocut allerdings zu lassen / und der Kläger des Beklagten Rotulum auf seinen eigenen Kosten auszulösen / auch darauf seine Nothdurfft fordersam zu verfügen und einzubringen schuldig und gehalten seyn solle; Allermassen es dann hiermit dabey gelassen / und ihme die Auslösung des Rotuli suis sumptibus, wie auch fordersame Einbringung seiner Nothdurfft / injungiret und anbefohlen wird / mit der ausdrücklichen Commination und Verwarnung / daß / da er solchen also nicht nachkommen wird / alsdenn auf ferneres Anruffen des gehorsamen Theils Acta unica in contumaciam angenommen / und darauf definitivè gesprochen werden solle.

CONSILIUM seu RESPONSUM IX.

An Articuli Reprobatoriales post Testimonia jam tum publicata & didicita admittantur?

Ob Articuli Reprobatoriales nach geführten und allbereits Gerichtlich publicirten Beweißthum zuläßig?

SUMMARIA.

1. *Quando testimonia sunt publicata & didicita, probatio reprobatoria testium subsidio peragenda, cur nullatenus admittatur?*
2. *Quando articuli noviter propositi super facto jam proposito includuntur, testes publicatis testimoniis recipi haud possunt.*
3. *Interpretum post publicata attestata articulos reprobatoriis admittentium sententia declaratur.*
4. *Quando pars intentionem fundatam habere deprehenditur, adversæ partis positiones sive ordinariè procedatur, nequaquam admittuntur.*
5. *Articuli directo contrarii nec in primâ nec secundâ instantiâ post publicationem testimoniorum admitti possunt.*
6. *Quod tamen restringitur, quando testes partis adversæ corruptos vel subornatos fuisse probari potest.*
7. *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, & exclusio unius est alterius inclusio.*
8. *Quando nulla reservationis vestigia apparent, tacita inde renunciatio colligitur, quæ non minus quàm expressa præjudicat.*
9. *Quæ justo tempore fieri debent, eo elapso præclusa censentur.*
10. *Solemnitas publicationis non est necessaria, ubi summariè proceditur.*
11. *Citatio in causis & processibus summariis sufficit, & præcipitantiæ præsumptio contra Judicem quando cesset.*

12. Re-

12. *Reprobatio per testes in causis summarissimi possessorii haudquaquam admitti solet.*
13. *Quando nimia suboriens affectio testem à testimonio dicendo repellat? Judex ansam perjuriis præscindere debet.*
14. *Præcavendum ne cardo negotii in testem suspectum conjiciatur.*
15. *Testis unus & singularis minimè probat, adeò ut nec statutum, constitutio vel consuetudo in contrarium valeat.*
16. *Juramentum posterius contra promissionem juratam præcedentem est illicitum, nec testis qui antea jurato examinatus deposuit denuò super articulis contrariis audiendus.*
17. *Sententia interlocutoria ex causis noviter emergentibus ac deductis rescindi potest.*

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldten die zwischen Johann Dieterich G. und Hannß Heinrich H. beyden zu S. beym Hochlöbl. C. M. Ober-Ampt zur A. in puncto einiger unter ihnen strittigen Gütter bey beyden Instantien verhandelte Acta zugeschickt / und mein Rechtliches Bedencken darüber zu eröffnen gebetten worden / so habe selbige mit behöriger Sorgsamkeit verlesen / angelegentlich erwogen / und spreche darauf für Recht; Daß die an Seiten des Appellati F. eingebrachte Articuli Reprobatoriales nach den von dem Appellanten G. geführten und allbereit Gerichtlich publicirten Beweißthum / deren von jenen zu Behuff seiner Intention angeführten Motiven ohngeachtet keines Weges zuzulassen / sondern vielmehr allerdings zu verwerffen seyen / und zwar solches aus verschiedenen Ursachen / auch bey dieser Sache concurrirenden Umständen.

Allermassen 1.) instar generalis Protheoriæ wohl zu bemercken / 1.
quod quando testimonia jam tum sunt publicata & didicita probatio reprobatoria testium subsidio peragenda nullatenus admittatur, ceu multis adductis probat & ad practicam hoc notandum esse scribit.

Berlich. *part. 1. decis. 50. n. 5.*

Publi-

Publicatio siquidem est magni præjudicii, & præcludit viam testimoniis;

Mevius *part. 1. decis. 52. n. 1.*

Idque ratione non unâ facilius quippe pars tanquam provocata post publicationem ad subornandum testes, quam ante eam inducitur, cùm sic deprehendat, partem adversam sufficienti probatione esse subnixam. Quâ de causâ testes de novo repertos non esse admittendos, quin potius seductos & corruptos judicandos, cordatè & pertinenter censuit

Mascard. *de Probat. Concl. 134. n. 5.*

Præterea lapsus temporis ad probandum determinatis suaque natura peremptorii ad ejusmodi reprobationem aditum præcludit, cùm de momento in momentum labatur & strictissimè observari debeat;

L. sive pars. 3. C. de dilat.

Rauchbar. *quæst. 3. n. 8. part. 1.*

Atque hanc sententiam communem esse tradit, iisdemque argumentis cum Bartolo, Baldo & aliis propugnat

Surdus *Cons. 118. n. 7. & seqq.*

2. Welches dann 2.) destomehr statt findet / weil die von dem Appellato neu-übergebene Articuli Reprobatoriales allschon in denen seiner Seits bey des Appellantis Beweiß-Articul einbrachten und beschwornen Interrogatoriis enthalten und vorgestellet worden / und würde demnach die Beysorge einiger Subornation ergrößert werden / wann dißfalls andere und neue Zeugen anzugeben und abhören zu lassen verstattet werden sollte / quando enim articuli noviter propositi includuntur super facto jam proposito, tum testes publicatis testimoniis recipi haud possunt, ut in terminis consuluit

Cravetta *Cons. 134. n. 47.*

Ubi enim plus periculi & subornationis metuendum, ibi etiam plus cautionis à Judice adhibere debet;

cap. ut circa 4. de Elect. in 6to.

Und

Und eben hieraus wird auch 3.) der jenigen Interpp. Meynung 3.
so sonsten post publicata Attestata Reprobatorios zulassen / nachdrücklich declariret und mit dem im Eingang bemeldten Grund-Satz vereinbahret / immassen jene solches alsdann zulassen / quando nova quædam capitula antea nunquam ventilata & adducta herfürbringen / wie zu sehen beym

Sande *part. 1. decis. 10. princ.*

Mit nichten aber / wann super materia jam deductá & ad probandum admissâ positiones gemacht / und durch neu benahmste Zeugen verificiret werden wollen / wie solches zu verstehen gibt und sich dißfalls ad Praxin Cameralem beruffet

Myns. *cent. 4. Obs. 89.*

Und hindert 4.) nicht / daß diese Restriction einig und allein 4.
ad Processum ordinarium, nicht aber summarium, abermahl gedeutet und gezogen wird / wie solchen Unterscheid machet

Mynsing. *dict. loc. in fin.*

Gestalt ein anderer Umbstand sich auch weiter hierbey angibt / daß der Appellant fundamentum intentionis suæ nicht nur per attestata, sondern auch hierdurch nicht wenig beybracht / daß als dem Appellato der H. Hof-Stück vor Stück durch den vorigen Schultheißen Johann Friederich S. und die darzu gezogene beeydigte Leute zugeschätzt worden / die von dem Appellanten angesprochene und in adjuncto sub lit. A. beym n. 12. Actorum befindliche Stücke bey sothaner æstimation ihme zumal nicht übergeben / noch auch deren darauf ausgefertigten beglaubten und sub n. 4. anliegenden Schatzung / so von jetzigen Schultheißen Johann Hermann G. authentisiret / inseriret worden / quando autem pars intentionem fundatam habere non obscurè deprehenditur, tùm adversæ partis positiones sive summariter & de plano sive ordinariè & solenniter procedatur, nequaquam admittuntur, uti singulariter animadvertit & hoc modo dictam restrictionem moderatur,

Cacheranus *decis. Pedemontana. 10. n. 7.*

Uberdiß

5. Uberdiß und zum 5.) sind auch mehr-erwehnte Articuli Reprobatoriales denen vom Appellanten geführten Beweiß-Articuln allerdings und è Diametro zuwider / articuli autem directò contrarii nec in primâ neque in secunda instantia post publicationem testimoniorum admitti possunt, ut apparet ex textu notabili in

Clement. *ult. de Testib.*
Richter. *ad cap. 17. X. de Testib. n. 31.*
Fulvius Pacianus *de Probat. cap. 36. n. 112.*

6. Und ob zwar 6.) auch hierbey einiger Abfall zu bemercken / so findet doch selbiger allein Platz / quando testes partis adversæ corruptos vel subornatos fuisse & eapropter eos falsum deposuisse evidenter probari potest, ceu videre est apud

Matth. de Afflict. *decis. Neapol. 205. n. ult.*

7. Dergleichen Corruption und Subornation aber vorgangen zu seyn in Actis zumal nicht befindlich. Und findet demnach die Rechts-Regul allhier statt / quod exceptio firmet regulam in casibus non exceptis,

Everhard. *Cons. 176. n. 16.*
Cubach. *lib. brocard. cap. 1. broc. 8.*

quodque exclusio unius sit alterius inclusio;

Petrus de Benintendis *decis. Benoniensi. 78. n. 9.*

8. Nebst deme ergiebt sich 7.) aus denen Actis, daß der Appellat bey des Appellantis Zeugen-Verhör bloßhin Interrogatoria übergeben / keines Weges aber einige Reprobatorios dagegen einzubringen sich vorbehalten habe / quando autem nulla reservationis apparent vestigia, tum tacita inde colligitur renunciatio, quæ non minus quàm expressa præjudicare solet;

cap. inter. 20. X. de sentent. & re judic.
cap. olim. 19. X. de Censib.

quod enim verbis non continetur, pro omisso ita habetur, ut nequaquam suppleatur vel admittatur;

L. quic-

L. quicquid. 99. de V. O.

Wesenb. *Conf. 15. n. 42. part. 1.*

Wann auch gleich 8.) dergleichen Reservatio vorgangen wäre / so hätten doch die Reprobatoriales zu rechter Zeit und ante publicationem Attestatorum eingebracht werden müssen / quæ enim justo tempore fieri debent, eo elapso præclusa censentur, 9.

arg. *L. si unus. 27. §. 1.*

L. epistola. 52. §. ult. de Pact.

auth. *sed hodiè. C. de Appell.*

cumprimis cùm paria sint lapsu temporis & renunciatione propriâ excludi;

L. si ea. 7. C. qui accus. poss.

Ob dann gleich 9.) ersagte Publicatio mit behöriger Solennität etwa nicht beschehen seyn mögte / so verfängt doch solches im geringsten nichts / weil bey denen Rechts-Lehrern ausgemacht / quod Solennitas Publicationis non sit necessaria, ubi summariò proceditur. 10.

Mevius *part. 7. decis. 330.*

Und ist dahero genug / daß der Appellat dero Zeit ad Actum Publicationis citiret / copiam Attestatorum angenommen / solche gantzer 14. Tagen bey sich gehabt / und daraus überflüßigen Unterricht schöpffen können; nequit enim super præcipitantiâ queri, qui ad publicanda attestata citatus & justo temporis intervallo plenariam inde informationem nactus est, cùm citatio in causis & processibus summariis sufficiat, 11.

Clem. *sæpè. 2. de V. S.*

omnisque contra Judicem præcipitantiæ præsumptio cesset, quando pars fuit præsens, sponte copiam recepit, nulloque modo reclamavit, quin & sufficienti tempore attestatorum notitiam sibi comparavit;

Socin. Sen. *Conf. 121. col. 5. vers. quia. lib. 3.*

12. Alldieweil auch 10.) monstrantibus Actis der Appellant bloßhin Possessorium intentiret / und den Zweck seiner Klage darauf gerichtet / daß die Stücke Q. dem Appellato vom vorigen Schultheißen Nahmens der ohnmündigen H. Kinder gegen eine gewisse Jährliche Præstation Bestands-Weise eingethan worden / so werden sothane Articuli Reprobatoriales um so weniger anzunehmen seyn / cùm reprobatio per testes in causis summariissimi possessorii nullatenus admitti soleat;

Menoch. *de A. J. Q. lib. 1. q. 32. n. 11.*
Græven. *lib. 1. concl. 6. n. 2.*

13. Allermeist da 11.) noch mehrere vortringende Ursachen hierzu veranlaßen / und sothanen Articulis alle gesuchte Admission abstricken / indeme zwar der mitangegebene Zeuge Caspar G. beyder Litiganten Schwieger-Vatter / gleichwohl aber bey dem Appellato im Haus und an dessen Brod / auch daher zu besorgen ist / daß er aus Beysorge bey seiner ersagten Nothdürfftigkeit nicht gar zu darben / diesem zu Gefallen deponiren und dergestalt sein Gewißen mit grosser Verantwortung beladen möge / quando enim in teste non saltem propinquitatis verùm etiam familiaritatis, domesticitatis, & præprimis sublevandæ inopiæ respectus concurrit, tum nimia inde suboriens affectio, quæ veritatem impedit, testem à testimonio dicendo repellit;

Can. consanguinei. 1. & passim. caus. 3. quæst. 5.

cùm Judici singulariter providere incumbat, ut ansa perjuriis præscindatur & Judicium ab abusu sanctissimi nominis divini liberum conservetur & custodiatur

cap. pen. X. de his quæ vi met. caus.

14. Woran destoweniger 12.) zu zweifflen / weil auf diesen G. die Haupt-Articul, auf die übrige Mit-Zeugen aber bloßhin einige wenige Umbstände ausgestellet worden / tantò magis autem præcavendum; ne cardo negotii in testem suspectum conjiciatur & hoc ipso

ipso causa deliquium patiatur,

cap. deniq. 1. X. de Except.

Hierzu kombt 13.) daß selbiger als unicus & singularis ohndem 14.
nicht zu attendiren / und dessen Kundschafft / wann gleich selbige zum Vorschein komme / im geringsten nichts beytragen können; testem enim unum & singularem minimè probare in confesso est,

L. jurisjurandi. 9. C. de testib. cap. licet. 49. X. eod.

in tantum ut nec statutum, constitutio vel consuetudo valeat, testi unico fidem adhibendam esse;

Farinac. *de Testib. q. 63. n. 8.*

Eò quòd sacra juris divini elogia tale testimonium cum varietate quippe utplurimum conjunctum improbent, ceu cum Baldo animadvertit

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 18. c. 15. ax. 3.*

& novissimè sequitur Collector Votorum Cameralium;

Thulem. *p. 2. Relat. 19. n. 94.*

Am allermeisten ist 14.) hierbey wohl in acht zu nehmen / kan auch 15.
in dessen Ansehung solches Zeugnuß nimmermehr zugelassen werden / daß dieser Zeuge in dieser Sache allschon vorhin seine eydliche Aussage bey offt-erwehnten Schultheißen den 28ten Maji 1675. abgestattet / wie die Beylage unter dessen eigenen Hand sub n. 6. Actorum offenbar zu Tag legt / quemadmodum enim juramentum posterius contra promissionem juratam præcedentem prorsus est illicitum,

cap. veniens. 16. X. de Jurejur.

ita etiam nequaquam admittendum, ut testis, qui antea juratò examinatus deposuit, denuò & quidem super articulis directò contrariis audiatur, cùm non possit gravissimam perjurii pœnam effugere, qui hoc modo juramentum antea præstitum vellicare auderet;

cap. venerabilem. 34. X. de Elect. & Elect. potest.
Richter. *ad cap. 54. X. de testib. n. 49.*

 Und

17. Und thut diesem allen 15.) und Letztens keine Hinderung / daß dick-berührte Articuli Reprobatoriales bey dem Ober-Ambt / Vermög des den 16.ten Mart. dieses Jahrs ertheilten und sub n. 27. Actorum befindlichen Decrets / allschon angenommen / und dem Appellanten behörige Interrogatoria dabey zu formiren und einzubringen auferleget worden / indeme zur Genüge bekandt / quod ejusmodi decretum & sententia interlocutoria ex causis noviter emergentibus ac deductis rescindi ac retractari possit;

L. quod jussit. 14. de re judic.

Erachte demnach / daß nachfolgender Bescheid in diesem Puncto förderlichst zu ertheilen seye:

Bescheid.

IN Appellations-Sachen Johann Dieterich G. Appellanten an einem / entgegen und wider Hannß Heinrich H. Appellaten am andern Theil / werden die vom Appellato den 13.ten Mart. dieses Jahrs beym C. M. Ober-Ambt allhier einbrachte Articuli Reprobatoriales nicht angenommen / sondern allerdings ab Actis verworffen / und ist darauf Bescheid; Daß der Appellatus, Falls er bey der von dem Appellanten angeführten und vollzogenen Zeugen-Verhör annoch etwas zu erinnern / solches innerhalb 14. Tagen excipiendo einbringen / widrigen Falls aber concludendo sich vernehmen lassen solle / worauf alsdann ergehet und verfüget wird / was Recht ist.

CONSI-

CONSILIUM ſeu RESPONSUM X.

Quomodo Teſtamentum, quod factum eſſe negatur, probandum?

De Transactionibus invalidis atque validis, ubi ventilatur quæſtio: An Remedium *L. 2. C. de reſcind. vend.* etiam in Transactione obtineat?

Quænam actio contra Vitricum intentanda? honeſtarum perſonarum aſſiſtentia & Magiſtratus decretum quale Transactioni robur addat?

Quid juris circa prætenſam defraudationem Legitimæ, læſionem ac reſtitutionem Minorum, Transactionem geminatam ac Renunciationem Læſionis enormiſſimæ?

Quatenus Transactio per noviter reperta Inſtrumenta reſcindenda?

Welcher Geſtalt ein Teſtament, ſo abgelaugnet wird / zu erweiſen?

Von ungültigen auch gültigen Vergleichen / wobey die Frage unterſuchet wird: Ob das Remedium *L. 2. C. de reſcind. vend.* auch in Transacten ſtatt finde?

Wie ein Vergleich / vermittelſt ehrlicher Leute Beyſtand und Obrigkeitlicher Bekräfftigung / zu beſtärcken?

Was Rechtens / bey angeblicher Verkürtzung der Legitimæ, Vervortheilung und Reſtitution derer Minder-jährigen widerholter Transaction, auch wann der Læſioni enormiſſimæ renuntiiret worden?

Wie ein Vergleich wegen neugefundener Documenten wiederum aufzuheben?

SUMMARIA.

1. *Quando Teſtamentum factum eſſe negatur, contrarium plenè probari debet.*
2. *Teſtibus conformiter pro reo deponen-*

ponentibus tametsi negantibus magis creditur quàm conta reum, præcipuè quando ipsi facto interfuerunt.

3. *Frustra confirmatur, cujus nulla apparent vestigia, & transactio nonnisi inspectis cognitisq; verbis testamenti iniri potest.*

4. *Singularitas cumulativa plenissimæ fidei documentum esse solet.*

5. *Transactio ex falsâ causâ inita pro illegitimâ reputatur.*

6. *Dolus contra Vitricum cumprimis ex falsâ persuasione & fallaciis præsumitur.*

7. *Quod veritatis supprimendæ causâ indicatur, in se autem verum non est, falsum existimatur.*

8. *De substantiâ transactionis est, ut fiat super re dubiâ, cùm aliàs mera vexationis comminatio deprehendatur.*

9. *Gravis contra Vitricum oritur suspicio, quando Viduam, quæ nullos antea petiit tutores neq; inventarium fieri curavit, duxit.*

10. *In dolo esse censetur, qui superioris præscripto non satisfacit.*

11. *Transactio, cui dolus causam dedit, rescindi debet.*

12. *Licet Instrumento transactionis contineatur clausula: visis & cognitis verbis testamenti, tamen si de errore appareat, subscriptio haudquaquam relevat.*

13. *Majoribus etiam subvenitur, quando de damno vitando certant & calumniosa adversarii inductione læsi deprehenduntur.*

14. *Ob inventarii defectum juramentum in litem defertur, nec tutoribus licet illustrium Personarum integrum est damnosum pupillo negotium celebrare.*

15. *Sola proprietas liberis dari aliis verò ususfructus ex asse relinqui nequit.*

16. *Ususfructus in bonis feudalibus sine domini consensu haudquaquam relinqui valet.*

17. *Testamentum ante liberorum nativitatem conditum, quatenus valeat.* jung. n. 29.

18. *Transactio ob læsionem immodicam protinus infringitur, & remedium* L. 2. C. de rescind. vend. *etiam in transactione obtinet.*

19. *Cum-*

19. *Cumprimis quando una pars ad transigendum fraudulenter fuit inducta.*

20. *In iis, quæ tractum temporis successivum habent non in læsione, quæ fuit tempore contractus subsistendum, sed ad tempora subsequentia progrediendum.*

21. *Reverentia personæ nullatenus attenditur, quando luculenta doli adsunt vestigia.*

22. *Præsentia honestarum personarum æquiparatur præsentiæ Prætoris.*

23. *Viri cordati & in dignitate constituti aliquid per fraudem & metum in perniciem Pupillorum admittere haud præsumuntur, eorumq; subscriptio fidem meretur.*

24. *Pro decreto Magistratus præsertim cum causæ cognitione interposito semper præsumitur.*

25. *Testi singulari & propriam turpitudinem alleganti ac dicenti se gestorum non esse memorem, haudquaquam creditur.*

26. *Quando quis Instrumenta ad hereditatem pertinentia exactè inquirere negligit, propriæ facilitati imputare debet.*

27. *Transactio publicis personis intervenientibus inita & decreti publici interpositio immoto robore stare debent.*

28. *Ob nativitatem liberorum non rumpitur testamentum, quando verisimiliter de iis cogitatum fuit.*

29. *Quando referens continet orationem plenam, etiam sine relato probat.*

30. *Ad salvandum testamentum sufficit aliquid puta proprietatem liberis relictam esse.*

31. *Rescriptum Principis qualem effectum post se trahat?*

32. *Solemnitates testamentariæ in dubio intervenisse præsumuntur, & licet non adhibitæ fuerint, tamen si de voluntate testatoris apertè constat, testamentum perfectum reputatur.*

33. *Aditio hereditatis firmissimam obligationem infert, indeq; fictio unionis inter defunctum & heredem nascitur.*

34. *Subscribens negotium celebratum consensu suo munire censetur, ac minores etiam validè transigere possunt.*

35. *Controversias, quæ ex testamento vel etiam aliunde facilè suboriri possunt, tempestivâ trans-*

transactione sopire consultum est.

36. *Transactio ad præcavendas litis futuræ molestias ex Testamento metuendas licita est.*

37. *Quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur.*

38. *Tutores quoad providentiam instar Dominorum reputantur. Incommoda secundarum nuptiarum remissivè indicantur.*

39. *Dolus contra eum allegari nequit, qui Bona aliena, tùm paterna, tùm materna cum renunciatione ususfructus in eo quæsiti dimittit.*

40. *In illis, quæ palam fiunt, dolus nunquam præsumitur.*

41. *Liberi adversus Patrem, qui jam novercam duxit, ad divisionem experiri possunt.*

42. *Dolo cavet, qui alienis se non temerè intrudit.*

43. *Post longi temporis decursum repetita & approbata enixam voluntatem inducunt.*

44. *Quando minores læsi videantur? restitutio iis saltem conceditur, in quantum sunt lapsi, non verò in aliis.*

45. *Nequeunt impugnare Majores, quod in ætate minorenni gesserunt, quando quadriennium vel quinquennium labi passi fuerunt.*

46. *Ex subscriptione instrumenti præsumitur cognitio eorum, quæ inibi continentur.*

47. *Quando tutores aliiq; fide digni intervenerunt, erroris exceptio haudquaquam admittitur.*

48. *Error allegari nequit, quando quis peritiores consulere potuit.*

49. *Tempora quadriennii & quinquennii de Jure Canonico non attenduntur, quando rationabilis causa subest, cujusmodi est læsio enormissima, & quænam remedia tali casu competant?*

50. *Transactionem vi* L. 2. C. de rescind. vend. *rescindi non posse, comprobatur.*

51. *Ex Inventario status omnium bonorum nec non ex testamento quid cuiq; relictum discendum læsio enormissima, cur non præsumatur?*

52. *Post lapsum 30. vel 40. annorum nulla amplius rescissio læsionis nomine peti potest.*

53. *Contra minorennes præscriptio temporis longissimi omninò currit,*

currit, & contraria opinio refutetur.

54. *Verba:* Alle andere; *sunt implicativa ejusq; virtutis, ut non solum expressa verum etiam omnia alia comprehendant.*

55. *Transactio non solùm ex longo intervallo ratificata, verùm etiam nova itidem magno temporis cursu comprobata rata haberi debet.*

56. *Liberatio maximè quæ reciprocè facta & renunciatio generalis de omnibus, quibuscunq; & qualitercunq; facta intelligitur.*

57. *Læsioni enormissimæ, an renunciari possit, controvertitur.*

58. *Quando ex Instrumentis post repertis præteritus dolus probari potest, transactio rescinditur.*

RESPONSUM.

DJe bey der Churfürstl. Regierung zu C. zwischen des Churfürstl. geheimbten Regierungs-Raths und Obristen Commissarii, Freyherrn von W. zu B. uxorio nomine, und Marien Elisabethen T. gebohrnen von H. verwittibte Frey-Frau von Q. in puncto Rescissionis vormals errichteter Transaction, und anbey ex capite læsionis enormissimæ gesuchter Refusion verhandelte / und mir ohnlängst zugekommene Acta, hab ich mit behöriger Sorgsamkeit verlesen / reifflich erwogen / und darauf nachgesetzte cum Rationibus Dubitandi & Decidendi begleitete Rechtliche Vorstellung / auf beschehenes Nachsuchen / ertheilen wollen.

RATIONES DUBITANDI.

OB dann wohl ersten Anblicks nicht geringe Motiven herfür zu 1.
tringen scheinen / wodurch der Herr Kläger die Nahmens seiner Ehe-Liebstin ergriffene Klage durchzuschwingen / und besonders die in Actis angezogene / und in Copiis beygelegte Vergleichen und Transacten de Ann. 1658. & 1668. zu invalidiren einige Hoffnung schöpffen könte;

Allermassen obgleich 1.) aus deren Innhalt sich offenbahr ergiebet/ daß nicht nur ein Inventarium aller B. Gütter / sondern auch das zwischen Herrn Dieterich von H. und Elisabethen von S. in erster Ehe den 12.ten April. 1643. aufgerichtetes Testamentum reciprocum, dero Zeit als der erste errichtet worden / in Originali vorzeigt/ und von allerseits Contrahenten verlesen worden / so negiren doch die Kinder erster Ehe beständig / daß deren eines jemals zu Werck gerichtet/ weniger zu Vorschein gebracht worden seye / quando autem Testamentum factum esse negatur, probari debet contrarium,

Vultej. *Consil. Marp. 29. n. 122. vol. 3.*

& quidem non semiplenè, sed plenè, ut nempe non saltem ejus existentia verùm etiam exacta observatio omnium requisitorum doceatur & appareat;

Cravetta *Consil. 347. n. 9.*

Und da diese beyde Umstände hierbey gar nicht zu befinden / indem bloßhin eines gemachten Testaments mit Nahmen gedacht / und in etwas von dessen Innhalt angezogen worden / so wird auch an dessen gethanen Angeben allerdings zu zweiffeln seyn / quando enim plura simul requiruntur, conjunctim de omnibus constare debet, ita ut uno non apparente, nec alterum in effectum deductum esse censeatur;

arg. *L. si heredi. 5. de condit. Instit.*

2. Vielmehr ist es 2.) an deme / daß der eine Mit-Vormund Freyherr Stephan von W. zu K. als testis in ordine primus ad Interr. 17. eydlich ausgesaget / es seye zwar das Original-Testament allzeit desideriret/ aber nichts als in einer Chartec, und nicht in Originali produciret worden / hätte auch kein Inventarium aller Gütter zu Gesicht bekommen. Nicht weniger wollen auch die übrige Zeugen mehrentheils davon nichts wissen / quo ipso partis adversæ contradictionem plus vice simplici stabiliri, nullum utique est dubium, cum testibus conformiter pro reo deponentibus, tametsi negantibus, magis credatur, quam contra reum,

Alexan-

Alexander. Tartang. *Conf. 169. vol. 5.*
Roman. *Conf. 156. circ. fin.*

Præcipue cùm primus testis de tali facto, cui ipse interfuit, deponat, quo casu plenè probare dicitur,

L. quæro. 58. §. ult. de ædil. edict.
Matth. de Afflict. *decis. Neapol. 369. n. 6.*

& ob ætatem decrepitam morti fuerit proximus, ita ut non sit credendum, quòd cum mendacio & peccato mori voluerit;

Menoch. *lib. 5. præs. 5. n. 6.*
Bald. *Consil. 476. lib. 5.*

Auch obgleich 3.) Testis secundus Richter L. ad Interrog. special. 5. deponiret/ Zeugen stehe vor als wann er in dem Protocoll des Transports der B. Siegel und Briefen gesehen hätte / daß der Procurator N. zu U. das Original Testament haben sollte / demnach dasselbe in sothanem Vergleich de Anno 1658. keines Weges confirmiret / noch auch forters der Transact de Anno 1668. darüber resolviret werden sollen / frustra enim confirmatur, cujus nulla apparent vestigia, 3.

cap. cum nostris. 6. X. de concess. præb.
Gail. *lib. 2. observ. 1. n. 15.*

cùm paria sint non esse & non apparere;

L. duo sunt Titii. 30. de testam. tut.
Menoch. *Consil. 15. n. 13.*

nec minùs perspectum, transactionem non nisi inspectis cognitisque verbis testamenti iniri posse;

L. de his controversiis. 6. ff. de transact.

cùm impossibile sit transactionem ullo modo fieri aut dici posse, quando testamentum non est prolatum,

Feltmann. *ad d. l. 6. n. 4. in fin.*

eâque de causa ejusmodi inspectio & cognitio formam transactio-

 nis

nis constituat, ita ut generalis testamenti mentio non sufficiat, sed specifica requiratur, ceu bene monet

Mantica *de tac. & ambig. Convent. lib. 26. tit. 2. n. 19. & seqq.*

4. Hierzu kombt 4.) daß der fünffte Zeuge Arnold N. Richter zu B. und A. ad Artic. 26. verkundschafftet / daß der Herr Gisbert von B. immerhin doliret und melancholisch gewesen / daß er seines Seel. Vatters Testament nicht sehen / weniger habhafft werden mögen / quo ipso laudata testimonia redduntur fortiora & singularitas cumulativa suboriri videtur, quæ plenissimæ fidei certissimum solet esse documentum;

Farinac. *de Testib. quæst. 64. n. 4. & mult. seqq.*
Gilhausen *Arb. Civil. cap. 6. part. 2. art. 1. n. 122.*

5. Wodurch 5.) die am Vergleich de Anno 1658. angegebene Ursach / als hätte man nach fleißiger Verlesung aller Originalien nicht finden können / warumb dem Vätterlichen Testament nicht nachgelebet werden sollte / allerdings falsch / und dahero dieser sowohl als auch der im Jahr 1668. errichtete und auf gleichmäßigem Fuß gesetzte Vergleich allerdings enerviret wird / transactio siquidem ex falsâ causâ inita pro illegitimâ ac nullâ reputatur;

Cravett. *Cons. 851. n. 12.*
Consil. Argent. 2. vol. 2.

6. Solchem zu Folge 6.) anderster nicht zu achten / als daß die Vormünder die zum Vorschein niemals gebrachte Originalien vermög ersagten ersten Vergleichs zu approbiren / auch sie so wohl / als deren Pfleg-befohlene den im Jahr 1668. erfolgten schädlichen Transact einzugehen / von dem Stief-Vatter verleitet worden seyen / præterquàm enim quòd dolus contra Vitricum præsumatur eò quòd privignos odio habere censeatur;

Cravetta *Cons. 143. n. 18.*

Sanè is vel maximè inde colligitur, quòd inanem quandam testamenti chartam & copiam produxerit, & tamen ipsis transigentibus

bus persuaserit; ut sub expressâ commemoratione, quasi verum Originale legerint, perpenderint & approbaverint, transactionem secum inirent, & in effectum deducerent, falsa enim persuasio dolum aperte ostendit,

L. si quis affirmaverit 9. §. 1. de dol. mal.
L. non alienum 10. de interrog. act.

& qui fallaciis ad extorquendum negotium sibi proficuum, aliis verò captiosum, utitur, fraude carere haud videtur,

L. si legatarius. 23. de dol. mal.

cùm dolus præsumatur contra eum, qui cum aliorum jacturâ & dispendio lucrum quærere intendit;

L. depositum 1. §. 15. depos.

Welchem 7.) destomehr zu erschleichen er ein falsches vorgebilde- 7.
tes Inventarium zum Wort genommen / und dasselbe zum Grund seiner vorgehabten Handlungen gesetzet / quòd enim veritatis supprimendæ causa indicatur, in se autem verum non est, falsum existimatur;

Richter. *Comment. ad l. pen. C. de transact. n. 24.*

tale autem vix citra dolum committi potest;

L. nec exemplum. 20. C. de fals. ubi Dd.
Sixtin. *Cons. Marp. 11. n. 101.*

Hierüber ist 8.) an deme / daß die Vorkinder so wenig wegen 8.
der Vätterlichen als Mütterlichen Gütter mit dem Stief-Vatter in einigen Streit verfallen / und dahero auch in obbenamten Vergleichen keine erhebliche Ursach selbige zu veranlaßen angeführet werden können / und dahero der Stief-Vatter mit einem mehrerem Argwohn einer durch unzuläßige Wege erpreßten Transaction beladen wird / sicut autem de substantiâ transactionis est, ut fiat super re dubiâ ac incerta;

L. 1. de Transact.
Natta *Cons. 543. n. 29. & seqq.*

ita ut liberi prioris matrimonii vincere desperent, vel tamen res magnæ difficultatis videatur, eos victoriam obtinere posse.

Gœddeus *Conf. Marp. 27. n. 83. vol. 1.*

sic etiam tali dubietate oppidò cessante, imo ne probabili quidem causa litis apparente, mera vexationis comminatio & aperta calumnia Vitrici deprehenditur;

L. in summâ. 65. §. 1. ibi: evidens calumnia. de cond. indeb.
Cravetta *Conf. 430. n. 8.*

9. Um so mehr da 9.) ehe und bevor Vormünder angeordnet / er sich in alle Gütter ohne Unterscheid geschwungen / deren Gefälle und Nutzbarkeit zu sich gezogen / und damit eigenen Gefallens geschaltet und gewaltet / gravis autem contra Vitricum oritur suspicio, quando Viduam, quæ nullos antea petiit tutores, neque inventarium fieri curavit, matrimonio sibi copulavit;

L. cùm à matribus. 8. C. qui pet. tutor.
Fuchs *tract. de Invent. cap. 3. n. 119. & 120.*

Adeò ut quantum sibi inde accensat periculum, appareat ex notabili Rescripto in

L. si mater. 6. C. in quib. caus. pign. vel hyp.

10. Auch da 10.) hernachmals erst sothane Bevormundung erfolget / und wie selbige einzurichten / vermittelst eines sub lit. B. anliegenden gnädigsten Rescripts Verordnung geschehen / dannoch dieselbe allen und jeden Clausuln nach keines Weges beobachtet und ins Werck gesetzet worden / dubio procul autem in dolo esse reputatur, qui Superioris Præscripto & Jussui ex asse non satisfacit;

L. veluti. 2. de Just. & Jur.
L. si familia. 9. de Jurisd.

11. Gleichwie dann 11.) bey so bewandten Dingen und Umbständen beyde Vergleiche zumal nicht bestehen können / anerwogen Transactionem, cui dolus causam dedit, rescindi oportet;

L. qui cum tutoribus. 9. §. 2. de Trans.

Vultej.

Vultej. *Conf. Marp. 15. n. 292. vol. 1.*
Mantic. *d. Tr. lib. 26. tit. 8. n. 17.*

Quæque per calumniam & falsa Instrumenta extorta, nullatenus subsistere potest;

L. in summâ. 65. §. 1. de cond. ind.
Paris. *Conf. 85. n. 31.*
Wesenb. *Conf. 38. n. 19.*

Adeò ut perinde habeatur, acsi prorsus celebrata haud fuisset;

Richter, *Conf. 45. n. 5. vol. 2.*

Also wird auch das im Jahr 1668. den 13.ten Mart. über den letztern Vertrag ertheilte und sub lit. D. anliegende Decret denselben nicht salviren können / cùm iisdem ex causis censeatur sub- & obreptitiè obtentum, & eapropter nil roboris addere valeat;

L. etsi Præses. 5. C. de præd. & al. reb. min.
L. Rescripta. 7. C. de prec. Imp. offer.
L. Etsi non cognitio. C. si contr. jus vel util. publ.

Ohngehindert / daß 12.) die Vorkinder den Transact de An. 1668. 12.
nicht allein mit unterschrieben / sondern auch eine so geraume Zeit / und beynahe 30. Jahr / um gegen solchen die geringste Beschwehrung zu führen / oder einige Klage zu erheben / verstreichen lassen / massen jenes ex errore & ignorantiâ, quæ in minoribus præsumi solet,

L. regula est. 9. §. 1. de J. & F. ignor.

geschehen / in tantum, ut licet in Instrumento Transactionis contineatur clausula, visis & cognitis verbis Testamenti, tamen si de errore appareat, subscriptio nil relevet, sed transactio prorsus in irritum recidat, ceu multis authoritatibus stabilit

Fusarius *tract. de substit. quæst. 594. n. 30.*

In welcher Absicht dann auch dem jenigen / so allbereit Minoren- 13.
nitatem überschritten / die Hand gebotten zu werden pfleget / cùm exploratum etiam Majoribus subveniri, quando de damno vitando certant;

L. ju-

L. juris ignorantia. 7. L. error. 8. dict. tit.

allermeist wann sie calumniosa adversarii assertione & inductione darein gestürtzet worden / quo casu allegatio erroris etiam post sententiam definitivam admitti consuevit, uti post Menochium, Socinum & Bartolum ingeminat

Sixtinus *Consil. Marpurg. 12. n. 19. vol. 3.*

Dieses aber dahero nichts verfängt / partim quòd taciturnitas longi temporis in his non obsit, quæ sunt magni præjudicii,

Vultej. *Cons. Marp. 30. n. 237. vol. 2.*

partim etiam, quod præscriptionem ante litem contestatam completam esse necesse sit, quòd eam alleganti probare incumbit;

Corneus *Cons. 136. in fin.*
Cravetta *Consil. 201. n. 33.*

14. Wie dann 13.) eben wenig im Wege lieget / daß die Vormünder mit und beneben denen Pfleg-Kindern die Transaction placidiret und zugleich unterschrieben haben / in Betracht / daß selbige wegen obangeregter vieler Mängel und Gebrechen / besonders aber / quòd *nullum* subfuerit dubium, quòd Inventarium & Testamentum originale defecerit, quod inconsideratè Bona pupillorum à Vitrico occupari permiserint, und so fortan / dergleichen zu thun nicht berechtiget gewesen / cùm ob inventarii defectum juramentum in *litem* deferatur;

L. tutor. 7. de adm. & peric. tutor.

præprimis, quia hoc ad ineundam Legitimæ rationem necessariò desideratur;

L. ult. §. 10. C. de jur. delib.
Alexander Tartang. *Cons. 4. in f. vol. 3.*

& tutori integrum non est damnosum pupillo negotium permittere & celebrare;

princ. *Inst. de auth. tut.*
Curtius Jun. *Cons. 29. n. 3.*

multò

multò minus verò eorum res ſine cauſa dimittere & alienare, adeò ut exinde dolus contra tutores præſumi ſoleat;

Cravett. *Conſ. 143. n. 19.*

Idque etiam in Tutoribus Illuſtrium perſonarum obtinere reſpondet

Gœddeus *Conſil. Marp. 27. n. 84. vol. 1.*

Transactio proinde ob poteſtatis defectum hoc modo in perſonis tutorum occurrentem non immeritò pro nullâ reputatur;

Giurba *deciſ. Meſſan. 111. n. 7.*

Uber dieſes hat 14.) uſusfructus omnium bonorum der hinter-15. bliebenen Wittib zumahl nicht verlaßen werden können / und würde dahero das angerühmte Teſtament, wann gleich ſolches bey Handen geweſen wäre / im geringſten nicht beſtehen können / ex veriori enim ſententia ſola proprietas liberis dari, aliis verò uſusfructus ex aſſe relinqui nequit, quia hoc ipſo liberorum Legitima gravaretur, tametſi fortè alimenta ipſis fuerint relicta, uti in terminis refutatis diſcentientibus tradunt

Merlinus *tract. de Legitimâ. lib. 3. tit. 2. quæſt. 7. n. 30.*
Carpzov. *J. For. p. 3. conſt. 12. def. 7.*
Brunnemann. *ad l. 32. C. de inoff. teſtam.*

Zumahl iſt 15.) unſtrittigen Rechtens / quòd uſusfructus in 16. bonis feudalibus ſine Domini conſenſu haudquaquam relinqui valeat, eò quod hic ſpeciem alienationis vaſallo prorſus interdictæ ſapiat;

Finckelthauſ. *diſp. feud. 9. quæſt. 7.*
Alvarott. *ad cap. Imperialem. 2. feud. 55.*

So gibt auch 16) ſich dieſer Gebrechen an / quòd hoc teſta- 17. mentum ante liberorum nativitatem fuerit conditum, & cùm non conſtet, an in caſum exiſtentiæ in eo inſtitutio facta, ipſorum ſubſecutâ nativitate viciſſim ruptum fuerit;

L. poſthumi. 3. §. 1. & paſſim de inj. rupt. & irr. fact. teſtam.

18. Ziehet man neben dem 17.) in Consideration, daß die Vor-Kinder durch mehr-angezogenen Vergleich enormissime lædiret worden / wie solches des Klägers Anwald mit mehrerem und der Länge nach in Actis bekannt gemacht / so wird umb so weniger dessen Festhaltung erstritten werden können / transactionem enim ob læsionem immodicam protinus infringi rescripserunt Impp. in

L. si superstite. 5. C. de dol. mal.

ubi hæc in fine leguntur verba: Sane si læsa es immodicè, liberatione solenniter per novationem atque acceptilationem tributa, non de dolo propter reverentiam, sed in factum actio tibi tribuenda est. Ex qua constitutione Dd. commune brocardicum, quod dolus ex enormissimâ læsione præsumatur, itemque quod dolus & læsio unum idemque sint, exstruxisse, testes sunt

Brunnemann. *in Comm. ibid.*
Vultej. *Cons. 29. n. 101. vol. 2.*

Quibus subjungi possunt

Mantica *de T. & A. C. l. 26. t. 9. per. tot.*
Pfeil. *Cons. 78. n. 120. part. 1.*

& novissimè JCtus Hispanus

Nicol. Vincent. Scop. *Observ. pract. 27. n. 7.*

unde remedium *l. 2. C. de rescind. vend.* etiam in transactione obtinere multi concludunt;

Berlich. *part. 2. concl. 42.*
Crav. *Cons. 151. n. 26.*
Honded. *Cons. 34. n. 8. vol. 2.*
Richter. *Cons. 384. n. 46. & seqq.*

19. Und obgleich solches 18.) von vielen in Zweiffel gezogen wird / wie solche mit mehrerem anzeiget

Joh. Baptista Hodierna *Controv. forens. cap. 37. per tot.*

so nehmen doch selbige unter andern bemerckſamen Fällen aus / quando apertus dolus est commissus, veluti quod una pars ad transigendum

gendum fraudulenter inducta fuerit, cùm tamen nulla prorsus lis timenda erat;

laudatus Hodierna *d. l. n. 21.*

Und thut 19.) keinen Eintrag / quòd ad hoc, ut dictum remedium locum inveniat, tempus contractus inspici debeat; 20.

Faber. *in Cod. lib. 4. t. 30. def. 9.*

Richter. *decis. 99. n. 147.*

Welches allhier wegen Länge der Zeit schwehr zu beweisen zu seyn scheinet; Gestalt in gegenwärtigem Fall die Kinder erster Ehe nicht allein dero Zeit / sondern auch von Jahren zu Jahren verkürtzet / auch noch biß diese Stunde in Schaden gesetzet werden / in iis autem quæ tractum temporis successivum habent, non subsistimus in læsione, quæ fuit tempore contractus, sed etiam progredimur ad tempora subsequentia & læsionem in his continuatam, uti notabiliter & pertinenter cum citatis statuit

Scoppa *Obs. 85. n. 9.*

Wollte man auch 20.) und Letztens dafür halten / es stünde den Vor-Kindern ihren Stief-Vattern nach seinem Tod einiger gefährlichen Hinterlist zu beschuldigen im geringsten nicht zu / theils weil solches die Kindliche Reverenz nicht zuließe; 21.

§. 6. & 7. Inst. de Nupt.

theils weil er wegen hohen Ansehens / Vornehmen Geblüths / und verwalteter stattlicher Bedienungen mit solchen Anzüglichkeiten nicht beladen werden könnte /

L. non. debet. 11. §. 1. de dol. mal.

zumahl da hin und wieder in denen Rechten einem Vitrico paternus affectus zugeleget wurde / wie per exempla darthun

Burckhard. Berlich. *tract. de Jur. Noverc. art. 3. sect. 17. n. 1108. & seqq.*

Und deßwegen dessen Aenderung evidentissimis probationibus erweißlich gemacht werden müste;

L. dolus 10. in fin. C. de rescind. vend.
L. dolum. 6. C. de dol. mal.

So ist es doch an deme / daß weil so viele Handgreiffliche vorhin angeführte Merckmahlen / eines großen Verdachts denselben mercklich beschwehren / so wenig dessen Persohn / Aembter und Stand / als auch die ihme gebührende Reverenz zumahl nicht angesehen wird / cùm reverentia personæ nullatenus attendatur. Quando tam luculenta doli adsunt vestigia, ut eapropter ad rescindendum agi possit, ceu tradit

Hodierna *d. tr. cap. 14. n. 33.*

cumprimis quod sufficiat, si non actio doli, verùm in factum eo nomine intentetur;

d. l. 11. in fin.

quæ etiam contra heredes ratione ejus, quod pervenerit, exerceri potest;

L. si plures. 17. §. 1. eod.

& quidem perpetuò

L. itaq́z. 28. ibid.

cùm non ratione maleficii verùm calculi moveatur;

L Sabinus. 29. dict tit.

Et sufficiat semel pervenisse ratione eorum quæ consumpta;

L. videamus. 17. quod met. caus.

non verò quæ casu perempta sunt;

L. si ipsa res. 18. eod.

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

22. NAchdemmahlen aber bey genauer Erwegung aller bey dieser Sachen befindlichen Umbständen sich gar ein anders und zwar dieses

ses ergiebet / daß vors erste der Recess de Anno 1658. zwischen den Vormündern der Kindern erster Ehe / Freyherrn Johann Sigismund von L. und Freyherrn Stephan von W. zu K. so dann den Chur-Fürstl. Brandenburgischen Rath und Advocato Fisci, D. Johann. W. als einem vom Freyherrn von Q. als Stief-Vattern und dessen Eheliebsten darzu erbettenen Beystand / wie auch dem Syndico und Schöffen D. Heinrich Caspar S. als dem von Chur-Fürstl. Regierung zum Advocato und Assistenti in dieser Vormundschafft gegebenen Adjuncto, der Transact aber de Anno 1668. zwischen benahmsten Vormundern/deren Assistenten bemeldtem D. S. und deren Pfleg-Befohlnen / denen Kindern erster Ehe / Gisbert von und zu B. an einem und deren Stief-Vatter Johann Arnold Freyherrn von Q. am andern Theil / errichtet worden / und aber versehenen Rechtens / quòd præsentia honestarum personarum æquiparetur præsentiæ Prætoris;

L. depositum. 1. §. 36. depos.

Sonderlich aber die Beywohnung und Approbation des Chur-Fürstl. 23.
Raths und Advocati Fisci, D. Johann W. in dessen Ambt kundbahr lauffet / darauf zu sehen / damit bey allen und jeden im Lande vorgehenden Handlungen / allermeist denen / worzu er gezogen wird / nicht der geringste Betrug / Unterschleif / oder falsche Expression vorgehen mögte / ingleichem auch die gleichmäßige Untersuchung und Beliebung des Authoritate publicâ denen Vormundern zum Assistenten gegebenen Clevischen Syndici und Schöffen D. Heinrich Caspar S. zumal nicht leydet / diese Gedancken zu faßen / als wann der Stief-Vatter durch List oder Concussion sothanen Recess oder Transact erpreßet / auch berührte wackere / gelährte / und dazu erforderte Männer sich vor ihme und seinem großen Ansehen fürchten / alles / was er gewollt / fürschreiben / und der offenbahren Wahrheit zuwider sothane Handlungen eintragen lassen müssen / tantum enim abest, ut Viri cordati doctrinæ, honorum, & officiorum splendore mactati aliquid per fraudem & metum in perniciem

 pupillo-

pupillorum admittere & manus suæ appositione stabiliri patiantur, cùm publica virtutis & officii schemata indubitata bonæ fidei documenta post se trahant;

Jason. *in L. decem. Col. 8. de V. S.*
Bald. *in L. errorem. Col. 1. C. de Testib.*

& dignitatis Character sequioris administrationis maculam apertè eluat;

Brunnemann. *ad l. ult. C. de Annon. & trib.*
Et ad L. 2. C. de offic. civil. Judic.

quin potius in confesso est, quod talium personarum præsentia omnem doli ac metus præsumptionem elidat, ceu post Bartolum, Baldum, Curtium, Paulum de Castro & alios in terminis tradit

Richter. *in Comm. ad L. transactionem. 35. C. de Transact. n. 10.*

Quibus gemina statuunt

Menoch. *de Præsumpt. c. 128.*
Heigius. *1. quæst. 32. n. 38.*
Pruckman. *1. Cons. 29. n. 63.*
Brunnemann. *Cons. 97. n. 95.*

Dahero außer allem Zweiffel zu setzen / daß dero Zeit beydes das darinnen vermeldete Inventarium und Testamentum Reciprocum vorhanden gewesen / und darnach ermedlter Recess und forters der Transact eingerichtet worden seyen / cùm talium Virorum subscriptio perfectum fidei testimonium mereatur, eò quòd fuerint exceptione majores, nullique suspicioni obnoxii;

L. testium. 3. L. ubi numerus. 12. de Testibus.

præterea etiam bonam fidem morte suâ roboraverint;

Alciat. *Reg. 3. præs. 4. n. 5.*
Richter. *Cons. 149. n. 4. vol. 2.*
Brunnemann. *Cons. 97. n. 95. in fin.*

Be-

Bevorab da 2.) das darauf den 13ten Mart. im Jahr 1668. er= 24.
theilte Chur=Fürstl. Decret klar im Munde führet / daß mit reiffem Rath des obstehenden Vergleichs Buchstablicher Innhalt confirmiret und bestättiget worden seyn; præterquam autem quod pro decreto semper præsumatur,

Ludov. *decis. Perusin. 1. n. 18.*

& ea, quæ Magistratus authoritate interveniente fiunt, legitimè facta esse censeantur;

Wesenb. *Cons. 3. n. 71.*

Sanè plenissimam fidem meretur decretum, quando cum causæ cognitione interpositum;

L. siquidem. 12. C. de præd. & al. reb. min.

L. magis puto. 5. §. 9. de reb. eor. qui &c.

Rec. Imp. *de Anno 1557. tit. 32.*

hancque intercessisse nomine Superioris comprobant illi, qui summo Regimini sunt propositi,

Decius *Cons. 351. n. 7.*

Dahero obgleich 3.) der eine Mit=Vormund Stephan W. zu K. 25.
so wenig von einem Inventario, als einem Testamento Reciproco, wissen wollen / dannoch auf diese seine allzu affectionirte Aussage nicht zu fußen / zumal da er singularis auch dergestalt sich selbsten eines nicht wohlgeziemenden Verfahrens schuldig gegeben / testi autem singulari haud creditur;

L. ob carmen. 21. in fin de testib.

Cap. licet ex quadam. 47. X. eod.

& testis propriam allegans turpitudinem non auditur;

Vivius *Comm. opin. lib. 2. opin. 285.*

Zudem so hat Er selbsten ad Interrog. 1. & seqq. angegeben / Er könte sich wegen Länge der Zeit und hohen Alters aller Umbständen nicht erinnern / seyen ihme auch einige vergeßen / testis autem dicens se non esse memorem quæ gesta sunt, instrumentum haudquaquam

quam facit irritum, cumprimis si versamur in facto admodum antiquo, ceu apposité tradit

Menoch. *A. J. Q. cas. 105. n. 31.*

Soviel aber die übrige Zeugen anlanget / haben dieselbe von allen solchen Handlungen und Thun / was darbey vorgangen / gar keine Wißenschafft gehabt / indeme sie nicht dabey gewesen / und dahero nichts beständiges davon aussagen können.

26. Und obwohl 4.) der letztere Zeuge angegeben / es seye der Sohn erster Ehe Gisbert von B. jederzeit sehr betrübt gewesen / daß er seines Vatters Testament niemahls zu Gesicht bekommen / so will doch solches wenig verfangen / indeme vorangeregter maßen der zweyte Zeuge verkundschafftet / es seye das Original-Testament in des Procuraroris H. zu U. Handen / und gleichwie er Zweiffelsfrey hiervon gehöret haben mag / also hätte ihme auch obgelegen / hiernach sorgfältig zu fragen und Bemühung anzuwenden / ob er dessen mächtig werden können / quando quis enim instrumenta ad hereditatem pertinentia exactè inquirere negligit, suæ id negligentiæ & facilitati haud verò aliis imputare debet, ut promptè monet

Mevius *part. 7. decis. 327.*

27. Wiewohl auch 5.) die Vormünder einige Monat nach getroffener zweyter Vereheligung angeordnet seyn mögen / so will doch solches Vermeldten bey den Handlungen keinen Abbruch thun / indeme genug / daß deren Anordnung von der Chur-Fürstl. Clevischen Regierung geschehen / ein Inventarium, so vor diesem aufgerichtet / wie die Worte des Vergleichs de Anno 1658. lauten / und Testamentum Reciprocum befunden / der Recess und Transact bona fide darnach eingerichtet / und darüber ein Decretum publicum sobald ertheilet worden; ab authoritate, autem sicut necessarium ducitur argumentum;

Everhard. à Middelburg *loc. top. 48.*

ita etiam publica tutorum constitutio, conventio & transactio

publicis

publicis personis intervenientibus inita & decreti publici interpositio immoto robore stare debent.

arg. *L. ait Prætor. 1. §. 1. ne vis fiat eo.*

Præprimis cùm decretum statim post celebratam transactionem, singulis circumstantiis sollicitè investigatis & cognitis, fuerit obtentum, ut fieri debere ingeminat

Octav. Simconcellus. *tract. de Decretis præfat. n. 33. & mult. seqq.*

Sollte nun gleich 6.) das dergestalt erstrittene Testament etwa 28.
vor der Kinder Geburt errichtet worden seyn / so ergibt sich doch aus dem im Jahr 1658. getroffenen / und sub n. 1. anliegendem Vergleich / daß denenselben nicht nur proprietas deducto usufructu verlassen / sondern auch ratione educationis, alimentorum & dotationis prospiciret worden / ob nativitatem autem liberorum non rumpitur testamentum, quando verisimiliter de iis cogitatum fuit,

Hodierna *dict. tr. cap. 8. n. 4.*

Den Usumfructum aber 7.) selbsten belangend / so ist derselbe 29.
beydes im Vergleich und Transact Frauen Isabellen von B. in allen Güttern / sie verheyrathe sich gleich oder nicht / mit klaren Worten / und einer vollkommenen Austruckung assigniret und hingegeben worden / und ist sothanem Innhalt auch absque relati productione zu trauen / anbemercket / quod quando referens continent orationem plenam & ex asse perceptibilem etiam sine relato probet, ceu de communi testatur

Mascard. *de Probat. concl. 525. n. 6.*

cumprimis cum testamentum tempore conventionis adfuisse jam satis sit evictum,

Wann dann schon 8.) dadurch der Vorkinder Legitima graviret 30.
worden wäre / so wurde doch umb deswillen das gantze Testament und mit selbigem die darauf gegründete Handlungen keineswegs zu vernichten seyn / quia sufficit aliquid puta proprietatem liberis relictam

 esse,

esse, quo casu onus ab eâ rejicitur;

Merlin. *dict. tract. quæst. 7. n. 30.*

& supplementum Legitimæ convenientibus remediis peti potest,

Nov. *115. cap. 5.*

L. omnimodo. 30. & L. 36. C. de inoff. testam.

Und obwol solches ad 30. usque Annos geschehen kan / so will doch selbigem nunmehro allhier kein Platz verstattet werden / wie nachgehends gezeiget werden solle.

31. So will auch 9.) keine Irrung machen / daß sothane Ususfructus Constitutio auch auf die Bona Feudalia extendiret worden / massen genug ist / daß an Seiten der Beklagten das sub n. 5. angezogene Chur-Fürstl. Rescript stehe / Krafft dessen der Lehenherrliche Consens nicht eben in dergleichen Fällen absolutè nöthig zu seyn verordnet wird / tale siquidem rescriptum legem generalem facit,

§. 6. I. de J. N. G. & C.

eo effectu, ut tanquam jus in illis regionibus receptum custodiri & firmissimè observari debeat,

L. de quibus. 32. §. 1. de LL.

32. Ebenermaßen thut 10.) keinen Eintrag / es seye unbekandt / ob Testamentariæ Solennitates dabey observiret / auch mit dessen Opertur richtig und legaliter verfahren worden seye / dann anitzo nicht zu gedencken / quod ejusmodi solennitates in dubio intervenisse præsumatur, ceu hanc communem esse theoricam, cum adductis respondet

Vultej. *Cons. Marp. 29. n. 192. vol. 3.*

cùm testator actum potiùs validum quam frustratorium celebrare voluisse verosimilius sit;

L. 109. de legat. 1.

L. quoties. 12. de reb. dubiis.

& testamenta conservari publicè intersit;

L. vel negare. 5. quemadm. test. aper. So

So ist doch genug / quòd de voluntate Testatoris apertè constet, licet solennitates prorsus adhibitæ non fuerint, cùm etiam ex actu nudo, qualis voluntas ageris fuerit appareat;

Cacheran. *decis. Pedemont. 101. n. 22.*

& proinde testamentum jure naturali ac divino reputetur perfectum, tametsi ex defectu solennitatum civilium sit imperfectum, ad hunc effectum, ut in animæ judicio seu foro conscientiæ servari debeat, adeò ut mortaliter peccet, qui prætextu deficientis solennitatis ad impugnandum testamentum uti velit, ceu latè, appositè & eruditè, multisque authoritatibus firmat

Vultejus *dict. Cons. 29. n. 176. & mult. seqq. usq; ad n. 195.*

Woran in gegenwärtigem Fall 11.) desto weniger zu zweiffeln / weil die Vorkinder ihres Vatters S. Erben worden / und dahero dasjenige / was er verordnet / unverbrüchlich zu halten und zu erfüllen schuldig und gehalten sind; 33.

L. cùm à matre. 14. C. de R. V.

Additio siquidem hereditatis firmissimam obligationem utpote ex quasi contractu descendentem infert,

§. 5. I. de Obl. quæ quas. ex contr. nasc.

Indeque nascitur fictio unionis inter defunctum & heredem ut unius personæ vicem quodammodo repræsentare censeantur;

Alteserra *tract. de Fiction. jur. tract. 1. cap. 20. per tot.*

Um so mehr / da 12.) selbige den im Jahr 1668. errichteten Erb-Vergleich mit unterschrieben / und dadurch alles das jenige / was darinnen enthalten / zugleich approbirt haben; subscribentes enim negotium celebratum consensu munire & robare velle censentur; 34.

L. 17. ibi: Subscriptione partium confirmata. C. de fide Instrum.

Richter. *Cons. 305. n. 20. vol. 2.*

Ita ut quicquid in scriptura continetur, exinde firmitatem nanciscatur,

ſcatur, cùm ſubſcriptio totam ſcripturam repræſentet, cui ſubjicitur

Vultej. *Conſ. Marp. 18. n. 79. vol. 3.*

Obgleich etwa ſelbige dero Zeit in minorennitate geſtanden haben möġten / minores ſiquidem validè tranſigere poſſunt;

L. pupilli. 96. §. 1. ſolut.
L. ſi ſuperſtite. 5. C. de dol. mal.

Ita ut non facilè ad reſtitutionis beneficium regreſſum ſumere poſſint, textu notabili in

L. de fideicommiſſo. 11. C. de Transact.

cùm non paſſim minoribus ſubveniatur ſed tum demum, ſi captos ſe probare poſſint;

L. 1. & ſeqq. de in integr. reſtit.

quod verò hîc vel minimè prætendi poteſt, eò quod litis eventus quandoque dubius eſſe potuerit, ceu accommodatè obſervat

Richter. *ad dict. L. 11. n. 20.*

35. Und thut 13.) keinen Abbruch / daß eine ſolche zweiffelhafftige Sache bey dieſem Fall keines Weges zu verſpüren / quantumvis enim in ſe certum ſit, quanta pars liberis prioris matrimonii ex delatâ hereditate debeatur, tamen vel ex teſtamento vel etiam aliunde circa portiones hereditarias controverſia facilè ſuboriri poteſt, quas tempeſtivâ Transactione dato aliquo retento vel promiſſo ſopiri conſultum utique & neceſſarium; ut doctè declarat

Brunnemann. *ad L. 2. C. de Transact. in fin.*

36. In welcher Abſicht dann auch 14) denen Vormündern wegen ſothaner mit-beliebten Transaction, bevorab da ſich anitzo materia litis, wiewohl vergeblich / herfür gethan / nichts widriges beygemeſſen werden kan / Transactio ſiquidem ad præcavendas litis futuræ moleſtias cumprimis ex teſtamento metuendas licita eſt, eò quòd probabilis litis timor eam ſuſtineat,

dict. L. 2.

&

& hoc ipso causa efficiatur dubia, quod victoriam sibi promittere haudquaquam liceat;

Feltmann. *ad L. 1. de Transact. n. 9.*

Besold. *Consil. 108. n. 85.*

Mehrers 15.) anerwogen / daß ein Transact bloß darum / daß 37.
eine Sache strittig seye / oder doch leicht werden könne / unterstützet werde / obgleich bey der Haupt-Sache kein besonderer Grund zu bemercken / quod enim transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod à lite disceditur, causa videtur esse, ait notabiliter Paulus in

L. in summa. 65. §. 1. de cond. indeb.

Und weil ohnedem 16.) die Vormünder quoad providentiam pu- 38.
pillarem instar dominorum geachtet werden;

L. tutor. 27. de adm. & per. tut.

Auch gar nicht unbekandt / was für grosse Ungelegenheiten die zweyte Ehe-Gelübte nach sich zu ziehen / und die Stieff-Vätter und deren Kinder mit denen in erster Ehe erzielten Kindern in grosse Mißverstände und weitläufftige Strittigkeiten leichtlich verwickelt zu werden pflegen / wie hiervon mit mehrerem handelt

Johann. à Garron. *t. tract. de secund. nupt.*

Berlich. *de Jure Noverc. part. 1. art. 5. sect. 5.*

Obgleich selbige in Geistlichen und Weltlichen Rechten erlaubet /

Berlich. *d. tr. p. 1. art. 2. sect. 2. & seqq.*

Carpzov. *Jurispr. Eccles. lib. 2. tit. 9. def. 158.*

So ist ihre Begierde und tragende Vorsorge alle zu schädlichen und beschwerlichen Irrungen gar leicht ausbrechende Veranlassungen von ihren Pfleg-Befohlnen abzuwenden mehr zu loben als zu verwerffen;

arg. *L. interdum. 56. §. de furtis.*

Wann man ferner und 17.) in Erwegung ziehet / daß der Stief-Vatter / Krafft offt angeregten Transacts / denen Kindern erster Ehe

39. nicht nur alle Vätterliche unbewegliche / sondern auch alle Mütterliche Gütter überlaßen und abgetretten / anbey auch des hieran gehabten Ususfructus sich begeben / so ist es an deme / daß dieselbe ermeldten ihren Stief-Vatter einer vorsetzlichen Vernachtheiligung zu beschuldigen / dißfalls Rescissionem Transactionis zu suchen und super Legitimæ defraudatione Klage zu führen / keine grosse Ursach haben / tantum enim abest dolum contra eum allegari posse, qui bona aliena tum paterna tum materna cum renunciatione usufructus in iis quæsiti dimittit, cùm sic apertè contestetur, se cum liberorum jactura haud velle locupletari;

L. 206. de R. J.

Neque sic amplius habent, quod querantur liberi, sese in Legitima læsos esse, quia usufructu cum proprietate consolidato omne gravamen tollitur

Novell. 18. cap. 3.

40. Und dieses wird dahero 18.) destomehr bestärcket / weil der Stief-Vatter diesen Transact nicht heimlich / sondern vielmehr offentlich / und beydes bey Vormündern und denen Assistenten als allerseits geschickten und wackeren Leuten errichtet / auch nebst deme sich nicht gescheuet / selbigen bey dem Chur-Fürstl. hohen Tribunali vorzuzeigen / darüber erkennen zu lassen und ein Decretum auszubitten / in illis autem quæ in publico palam & apertè fiunt dolus nunquam præsumitur;

L. ult. ubi Interpp. de ritu nupt.

licet alias quicquam agatur quod de genere prohibitorum esse solet, cum tale hoc modo esse desinat,

Mantic. *dict. tr. lib. 4. tit. 23. n. 7.*

41. Ohne ist es zwar 19.) nicht / daß der Stief-Vatter vorhero und zwar vom Jahr 1657. an biß ins Jahr 1668. da sothaner Transact errichtet worden / alle so wohl Vätter- als Mütterliche Allodial- als Feudal-Gütter eingehabt und genossen / da hingegen versehenen Rechtens / quòd liberi adversus Patrem, qui jam Novercam duxit, ad divi-

divisionem experiri possint, eò magis quo quisquam in communione invitus remanere haud cogatur;

L. pen. C. comm. divid.

L. divisiones. 45. de pact.

Pet. Sanz. *de divis. bonor. lib. 1. cap. 2. & lib. 2. cap. 2. & lib. 2. cap. 15.*

Anton. Faber. *in Cod. lib. 7. t. 1. def. 10. n. 2.*

Es wird aber auch hieraus gegen den Stieff-Vatter keine Anzeige eini- 42.
gen doli hergehohlet werden können / weil die verwittibte Frau von B. zu welcher er eingefreyet / das Testamentum reciprocum vor sich gehabt / darinnen denen Kindern der Eigenthumb beybehalten / darüber ein vollkommenes Inventarium verfertiget / und fürters die Kinder ihres verstorbenen Vatters Erbe geworden / wie solches in dem Vergleich de Anno 1658. angeführet wird: Dannenhero die Vormünder / und sonderlich deren Assistenten, als wohlgeübte und verständige Leute / bey sich befunden / rathsam zu seyn / sothanes Testamentum in seinen Kräfften zu lassen / dem Stief-Vatter mit und beneben seiner Eheliebsten und deren Kindern den Genuß aller Gütter zu gönnen / und ihnen hingegen deren Standsmäßigen Unterhalt besonders aber des Sohns Gisberten gebührliche Verpflegung auf Schulen / Reißen und sonsten / der Tochter Catharinen aber / behörige Aussteurung bey erfolgender künfftiger Verheyrathung zu accordiren / dolo enim caret, qui alienis se non temerè intrudit, verùm ex permissione eorum, qui re bene perspecta & justis ex causis id permittunt;

arg. *L. qui cum alio. 19. §. 1. de R. J.*

Eò magis quo quælibet causa etiam colorata à dolo excuset,

L. licet. 12. §. 3. de liber. caus.

Cothmann. *Cons. 59. n. 17. vol. 2.*

adeò, ut quando concurrit præsumptio pro dolo & alia pro non dolo, semper attendatur præsumptio doli exclusiva, ut videre est apud

Cardi-

Cardinal. Tusch. *concl. 537. n. 20. lit. d.*

43. Und nachdeme 20.) erwehntes Testament immerhin pro norma behalten / und nach Ablauf gantzer zehen Jahren abermahl zum Grund der im Jahr 1668. mit berührten Vormundern und denen Assistenten errichteten auch vermittelst eines Chur-Fürstl. Decrets corroborirten Transacts geleget worden / so muß darmit der Verdacht eines üblen Verfahrens gäntzlich verschwinden / tum quod post tantum temporis decursum repetita & approbata majorem deliberationem & enixam voluntatem eorum, qui cum vitrico contraxerunt, manifestè inducat;

arg. *L. si mulier. 22. C. ad SCt. Vellej.*
Osach. *decis. Pedem. 38. n. 6.*
Corsel. *tr. de V. Signif. per tot.*

tum quòd decreti interpositi authoritas omnem sinistram opinionem tollat & actus legitimè celebrati ideam producat;

arg. *L. justè. 11. de acqu. vel amitt. possess.*
auth. *qui semel. C. de edend.*

44. Zudeme dann 21.) bey diesen nachtrücklichen Umbständen der Stief-Vatter keines Doli beschuldiget / noch auch dahero einige Læsio verificiret werden kan / so mag auch dergleichen ex capite ætatis nicht entstehen und erwiesen werden können / dann wann sie gleich dero Zeit annoch in minorennitate gestanden / und ihnen einiger Verlust zugewachsen / auch nachtrückliche Capitalien aufgebürdet wären / cùm minores videantur læsi, si vel aliquid amiserunt vel quicquam omiserunt vel oneri cuiquam sese obligârunt, ceu Ulpianus scitè loquitur in

L. non omnia. 44. de minor.

so will doch die Restitutio nicht so stracks und uno quasi impetu ertheilet / sondern vielmehr darauf zu sehen seyn / ut ea, quæ in personis contingunt, non rescindantur, quin potius ad bonum & æquum redigantur, prudenter advertente Paulo in

L. quod si. 24. §. 1. de minor.

Alldie-

Alldieweil dann allbereit sub n. 17. erwehnet worden / daß denen Vorkindern so wohl die Vätterliche als Mütterliche Gütter / Krafft des Transacts de Anno 1668. abgetretten / ja gar dem daran gehabten Usufructui renunciiret worden / so hätte nicht derentwegen / sondern vielmehr in übrigen Posten / wordurch sie verletzt worden zu seyn vermeynen mögten / dergleichen remedium gebraucht werden müssen / cùm restitutio saltem concedatur, in quantum sunt læsi, non verò in aliis, ut cum citatis innuit

Honded. *Conf. 34. n. 82. vol. 2.*

Es ist aber 22.) an deme / daß die Vorkinder weder intra quadriennium, noch auch quinquennium, welches letztere contra actus ipso jure nullos statt findet; 45.

L. ult. C. si maj. fact. alien. rat. hab.

Carpzov. *lib. 5. Resp. 76. n. 7.*

einige Klage erhoben / und das jenige / wodurch ihnen ante vel post transactionem zu kurtz geschehen zu seyn dafür gehalten werden mögte / zu hintertreiben gesucht / nequeunt autem revocare aut impugnare amplius majores, quod in ætate minorènni gesserunt, quando dicta tempora labi passi fuerunt, cùm hoc modo gesta censeantur plenissimè ratificasse, etiamsi ab initio non valuissent;

d. L. ult.

Vultej. *Conf. Marp. 29. n. 240. vol. 3.*

Und hindert 23.) nicht / daß sie von dem jenigen / was dißfalls vorgangen / keine gründliche Wissenschafft gehabt haben / ratihabitio autem cadere nequeat in ignorantes, wie bemercket 46.

Simoncell. *tr. de decret. lib. 3. tit. 9. n. 37. in fin.*

Gestalt ein anders dahero erhellet / weil sie den im Jahr 1668. errichteten Transact eigenhändig unterschrieben und untersiegelt / ex subscriptione enim & subsignatione Instrumenti præsumitur cognitio eorum, quæ inibi continentur;

L. tabularum. 2. §. 5. testam. quem. aper.

& proinde Instrumento tamdiu standum, donec probatus fuerit error;

L. 2. C. plus val. quod agitur.
Richter. *cons. 60. n. 5. vol. 2.*
Mevius *part. 8. decis. 8.*

47. Bevorab da 24.) deren Vormunder beneben ihren Assistenten mit dabey gewesen / und gleichfalls solch..ı Transact mit ihrer Unterschrifft bestärcket / quando autem tutores & alii fide digni ad majorem rei gestæ demonstrationem intervenerunt, erroris exceptio haudquaquam admittitur, uti in terminis commemorat

Cothmann. *Respons. 28. n. 71. vol. 3.*

48. Wozu 25.) kombt / daß die Vorkinder ja Zeit und Jahr genug / ja überflüßig gehabt / bey gelährten Leuten sich Raths zu erhohlen und auf deren Einrathen Mittel und Wege sich ausser Schaden zu setzen / ergreiffen können / nequit autem error sive ignorantia, etiam ubi agitur de damno vitando allegari, quando quis peritiores consulere potuit;

L. regula est. 9. §. 3. de Jur. & fact. ignor.
Vultej. *dict. Cons. 29. n. 234.*

49. Dahero auch 26.) unanreichig ist / daß de Jure Canon. sehr heilsamlich versehen / es seye auf die de Jure Civili eingeführte vorhin berührte tempora quadriennii & quinquennii kein Absehen zu nehmen / quando rationabilis causa subest, wie zu sehen in

cap. 1. de rest. in integr. in 6to.

Dergleichen aber Læsio enormissima zu achten / wie erinnert

Carpzov. *lib. 2. Respons. 96. n. 14.*

so daß dahero Remedium Restitutionis annoch statt findet / oder das Beneficium *L. 2. C. de rescind. vend.* intentiret werden könne / wie diese Meynung tanquam æquiorem verfechten wollen ex multis aliis

Mynſ. *cent. 6. Obs. 91. n. ult.*
Klock. *cons. 57. n. 17. tom. 2.*

quos

quos etiam novissimè secutus est

Harprecht. *Cons. 30. n. 413. & seqq.*

Massen dergleichen Læsio excessiva zwar an Seiten des Klägers vielfältig in Actis angeführet / auch zu deren Begründung viele Documenten beygeleget / damit aber befindenden Dingen und Umständen nach zumal nicht auszureichen stehet.

Dann anitzo 27.) nicht anzuregen / quod Transactionem vi *d.* 50. *l. 2.* rescindi non posse opinionem solidiorem judicent, & in Camerâ Imperiali receptam esse testentur

Gail. *lib. 2. Observ. 70.*

Gylmann. *L. symph. p. 3. vol. 16. n. 23.*

Consil. Argent. 2. Cons. 1. n. 107.

Mev. *part. 4. decis. 30. & part, 5. decis. 283. in fin.*

eique album quoque calculum adjiciat Edecumatus JCtus

Tabor. *Relat. Arg. 45. n. 11. & relat. 110. n. 11.*

eò quòd difficillima læsionis probatio in transactione sit;

Tabor. *dict. loc.*

eamque ob causam se nullum intra 12. annos continuos, quibus litibus vacaverit, vidisse exemplum quo læsio ultra dimidium in transactione probata fuerit, comprobet

Heigius *tract. 2. q. 9. n. 27.*

unde priorem opinionem non verè sed in speciem saltem æquiorem vocat

Brunnemann. *ad L. 78. ad SCt. Treb. n. 15.*

benè num. 17. addens, quod Fideicommissarius ibidem scientiam habuerit, sed tamen ob incertum eventum transegerit, hæcque causa fecerit, ut transactio ibidem proposita ne quidem ob excessum in quadruplo rescissa fuerit, quam in rem etiam plura magno judicio congessit.

Merenda *lib. 6. controv. 21.*

51. So bestehen doch sonderlich 28.) die viele concurrirende Gründe und Motiven darinn / tum quod inventarium & testamentum reciprocum ab initio quidem adfuerit, postea verò non amplius apparuerit, & proinde apodicticè & infallibiliter de viribus paterni & materni patrimonii constare non possit, quibus non apparenrentibus frustra de enormissimâ læsione quæstio movetur, ex Inventario siquidem status omnium bonorum nec non ex testamento quid cuique relictum discendum,

Guid. Pap. *decis. Gration. 142. n. 3.*

& læsio enormissima nunquam præsumitur, sed exactissimè probari debet;

Anton. Fab. *lib. 4. t. 30. def. 9.*
Carpz. *L. 3. resp. 43. n. 3.*

tùm quòd proprietas omnium bonorum immobilium fuerit reservata liberis & eapropter in his læsio dabilis esse nequeat, nisi ex his alienatum aliquid esse prætendatur, quod tamen probandum,

L. in omni. 2. de J. & F. Ignor.

tum quòd quidem æstimatio pro mensura redituum fieri soleat;

Surdus *Consil. 151. n. 70.*
Gratian. *disc. for. c. 60. n. 3. & seqq.*

attamen hos non solus Vitricus, verum etiam uxor & liberi prioris matrimonii perceperint, & proinde de accuratâ & separatâ eorum computatone vix apparere possit, unde in dubio pro transactione & contra prætensam læsionem pronunciandum.

Honded. *Cons. 34. n. 69. & 70.*
Brunnemann. *Cons. 97. n. 12.*

præprimis cùm rescissio sit odiosa & conservatio favorabilis;

L. de Contractu. 3. L. ratas. 7. C. de rescind. vend.
L. ult. de acqu. vel amitt. poss.
L. semper. 56. de R. J.

cùm

tùm quòd Vitricus postea in Anno 1668. vi transactionis usufructui plenè renunciaverit, hocque ipso causa querendi sublata fuerit;

arg. *L. cum te. C. de pact. inter empt. & vendit. comp.*

tum denique quod liberi prioris matrimonii unà cum tutoribus eorumque Assistentibus, tanquam viris gravibus, hanc transactionem celebraverint, quo casu læsionis præsumptionem excludi uno ore tradunt Interpp. in tantum, ut addant improbitatem suam potius prodere, qui contrarium tentant;

Tabor *Relat. Argent. 44. n. 11.*

Honded. *Cons. 34. n. 68. vol. 2.*

Matth. *Cons. Marp. 32. n. 28. vol. 1. qui plures allegant.*

Wann auch gleich 29.) dieses alles nicht wäre / so haben doch 52.
die Kinder erster Ehe von Zeit des in Anno 1658. errichteten Vergleichs an / worinnen Testamentum Reciprocum, als der Grund dessen / wie auch des in Anno 1668. erfolgten Transacts / wie der Kläger selbsten im angehängten Petito seines sub n. 1. anliegenden Klag-Libells angibt / confirmiret wird / verstreichen lassen / post lapsum autem 30. multò magis ergo 40. annorum nulla amplius rescissio læsionis nomine peti potest, ceu hanc communem esse Doctorum sententiam magno ipsorum adducto catalogo firmat

Cothmann. *Cons. 53. n. 67. & 80.*

eamque etiam secuti sunt Jenenses ceu subnexo responso probat

Richter. *decis. 99. n. 132.*

ubi notabiliter addit, suspicione fraudis non carere eum, qui elapsis tantis intervallis sese læsum esse queritur;

Idque etiam verum est in Legitimâ, cujus petitio itidem tanto temporis decursu consumitur;

Besold. *Cons. 6. n. 195. part. 1.*

præprimis quia ignorantiæ allegatio post illa spatia est inexcusabilis & pro supinâ atque grassâ reputatur;

Merlin. *tr. de Legit. lib. 5. tit. 3. q. 10. n. 27. & seqq.*

Und hindert nicht / daß in ermeldtem Jahr 1658. die Vor-Kin- 53.

der annoch minorennes gewesen / gegen welche keine præscriptio angefangen werden könne /

L. ult. C. si advers. usucap.

massen solches seinen kundbahren Abfall hat / in præscriptione temporis longissimi nempe 30. vel 40. annorum per Rescriptum expressum in

L. sancimus. ult. ibi: exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus. C. in quib. caus. in integr. rest. non est necess.

add. L. sicut. 3. C. de Præscript. 30. vel 40. annor.

Es will zwar in tritura forensi hiervon abgehen / und daß dannoch nach solcher Zeit denen minoribus geholffen werden müsse / dafür halten

Sfortia Oddus *tract. de restit. in integr. quæst. 90. artic. 1. n. 3. & art. 5. ubi hanc sententiam magis communem esse addit.*

Allein weil er daselbsten keine einige tüchtige Ration anführet / sine quâ tamen jurisprudentia nostra friget;

L. scire. 17. de LL.

auch communis opinio in jure non aperto haud verò claro statt findet / cum JCtorum non sit leges corrigere sed interpretari, & omne argumentum ab authoritate desumptum per apertos textus vel evidentem rationem necessariò concludentem & æquitati consentaneam tollatur;

Everhard à Middel. *loc. top. ab authorit. 95. n. 3. in fin. & in loc. à contrario sensu. 82. n. 8.*

Gail. *lib. 1. Obs. 153. n. 8. in fin.*

so ist darauf im geringsten nicht zu reflectiren / periculosum enim est lege neglectâ nudam sequi authoritatem eorum, qui legis condendæ authoritatem non habent, ceu cordatè scribit

Tabor *de Altero tanto. part. 2. artic. 2. th. 13.*

Idque

Idque ampliatur etiam in consuetudine, ut si legibus contraria allegetur, non aliquot locorum observantia sed omnium & singulorum ad universalem legis abrogationem requiratur & doceri debet, cum Besoldo tradente

Tabor *dict. loc.*

Diesem schlägt mit höchstem Nachtruck 30.) bey / daß eben Frau Anna Catharina von B. so dero Zeit den Transact de Anno 1668. mit unterschreiben und untersiegelt / auch nachgehends nebst ihrem Ehe-Herrn Albrecht Freyherrn von W. zum B. als jetzigen Klägern einen neuen Vergleich im Jahr 1678. errichtet / und dadurch dasjenige / was im vorigen enthalten / re ipsâ stabiliret und bekräfftiget; dann obwohl an Seiten ermeldten Klägers obmoviret werden will / als wann dieser außer denen darinnen bemeldeten Stücken zumahl nicht verstanden / noch auf andere extendiret werden könne / so ergibt sich doch aus dessen klaren Innhalt gar ein anders; Und zwar 1.) aus denen Worten ibi: auch sonsten an alle andere unter gedachtem Herrn Gisberten von dem B. Nachgelaßenschafft gehörige Allodial-Lehen / und B. rechten Lehn-pflichtigen Gütter; 2.) ibi: Welche die Adeliche Häußer B. und R. oder sonsten dem Freyherrn von W. vor seine Person und ihme zuständige andere Gütter 3.) ibi: alle zu dessen Adelichen Häußer H. und N. gehörige auch sonsten andere ihn berührende Briefschafften / quæ sanè verba tanquam emphatica & toties repetita non specialem sed generalem transactionem innuunt, 54.

L. sub prætextu. 29. C. de transact.

cùm verba, alle andere / sint implicativa, universalia ejusque virtutis ac potentiæ, ut non solùm expressa verùm etiam omnia alia & expressis similia vel majora comprehendant,

Decius *Cons. 77.*
Cravett. *Cons. 294. & Cons. 308.*
Socin. *Consil. 47. lib. 4.*

nec non respectum habeant ad originem cujuscunque & ex omni causa omnique jure descendentis petitionis;

Berta-

Bertazoll. *de clauſ. Inſtrum. clauſ. 35. gloſſ. 2. n. 3.*
& propterea ſalvâ ratione recti ſermonis ad certas ſpecies reſtringi nequeant;
L. ult. C. de tot. promiſſ.
Everhard. *loc. top. de general. n. 2.*
Nun iſt aber ausfündigen Rechtens / quòd transactio non ſolum ex longo intervallo ratificata, verùm etiam nova itidem magno temporis curſu comprobata, grata & rata haberi debeat,
Cothmann. *Conſil. 53. n. 419. vol. 3.*
Klock. *Conſ. 68. n. 64. & ſeqq. tom. 2.*
Ita ut error ob geminationem & ratificationem excludatur & nullus amplius læſionis immodicæ prætextus admittatur, ceu in terminis addito præjudicio demonſtrat
Richter. *deciſ. 99. n. 55. & mult. ſeqq. usq. ad n. 63.*

56. Und ſolches 31.) um ſo mehr / da ſothanem neuen Transact ſehr nachdrückliche und generaliſſimæ renunciationes angehänget worden. Ibi: ſo renunciiren beyderſeits Herren Contrahenten auf alle und jede weitere Anſprüche. Et ibi: Beyde Theile und ihre Erben von aller fernerer Anſpruch / wie die auch Nahmen haben mögen / hiermit beſtändigſter maſſen / wohl wiſſentlich / frey und los geſprochen haben wollen / und ſolches unter wohl-bedächtlicher Begebung / liberatio autem & remuneratio generalis de omnibus quibuscunque & qualitercunque facta intelligitur,
Honded. *Conſ. 49. n. 9. & ſeqq. vol. 1.*
Tabor. *Relat. Argent. 73. n. 12.*
cumprimis cùm liberatio cenſeatur favorabilis,
L. Artanus. 47. de O. & A.
maxime quando, ut hoc loco, reciprocè facta eſt;
Honded. *dict. loc. n. 19.*
Inconveniens autem & abſurdum foret, redire velle, ad hoc cui quis renunciavit, ceu in terminis transactionis innuit
Tabor. *cit. loc.*

Und

Und obwohl 32.) einige von denen Rechts-Gelährten der Mey- 57.
nung seyn / daß Læsioni enormissimæ nicht einmahl renunciiret werden könne / auch die erfolgte Geminatio derselben keines Weges entgegen stehe / wie zu sehen beym

Besoldo *Cons. 142. n. 129. & 135.*

So findet doch selbige allein in dem Fall statt / da nachgehends sich apertus dolus & error herfür thut / und dergleichen invincibiliter demonstriret werden kan / wie in solchen terminis handeln

Besold. *dict. loc.*

Cothmann. *loc. antea citato.*

Ausser diesen Fällen aber ist jene opinio sanior plurium JCtorum, imò communis, allermassen cum Rolando, Cothmanno, Pruckmanno & Carpzovio bezeuget

Brunnemann. *Consil. 97. n. 24.*

Also ist auch sothanen angeführten Rechts-Gründen nach zu schlüs- 58.
sen / daß beydes der Vergleich de Anno 1658. und der Transact de Anno 1668. fest stehen bleibe / und der Kläger mit seiner angestellten Klage abzuweisen seye / jedoch mit dem Vorbehalt / daß im Fall etwa künfftig das Inventarium und Testamentum reciprocum wieder zu Handen kommen / und daraus oder auch sonsten / daß etwas vorsetzlich hinterhalten / und die Transigenten dadurch mit einem schändlichen errore befänget worden seyen / zu erweisen seyn sollte / alsdann sie damit gehöret werden sollten / ex Instrumentis siquidem post repertis, si præteritus dolus probari possit, sine dubio transactio inde rescindenda erit, ut benè declarat, & Scabinatus Jenensis Responsum subjicit

Richter. *Comment. ad L. sub Prætextu. 69. C. de Transact. num. 71.*

Wäre demnach ohnmaßgeblich solcher Gestalt in dieser Sache zu pronunciiren.

SENTENTIA.

IN Sachen Albrecht Freyherrn von W. zum B. Churfürstl. Geheimbten Raths und Obristen Commissarii Nahmens seiner Ehe-Liebsten / Annen Catharinen / Frey-Frauen zum B. Klägers einem / entgegen und wider Marien Johannen und Elbertinen gebohrne von H. verwittibten Frey-Frauen von Q. Beklagtin andern Theils / gesuchter Rescission und Restitution wird allem An- und Vorbringen nach / auf eingeholten Rath unpartheyischer Rechts-Gelährten hiermit zu Recht erkandt; Daß die Beklagtin von der gegen Sie angestellten Klage zu absolviren / und es hingegen bey dem im Jahr 1658. getroffenem Vergleich / auch forters im Jahr 1668. errichteten Transact, allerdings zu lassen / jedoch mit dem ausdrücklichem Vorbehalt / daß im Fall der Kläger künfftig mit Recht darthun und erweisen kan / es hätte die Beklagtin oder deren Vorfahren vorsetzlich / gefährlicher Weise und durch Hinterhaltung einiger Documenten und Erb-Stücken ersagten Vergleich und Transact erschlichen / Er alsdann auf ferneres förmliches Anruffen damit gehöret werden solle. Allermassen Wir die Beklagtin von der gegen Sie angestellten Klage / jedoch unter ermeldtem Reservat, hiermit absolviren / und hingegen es bey berührtem Vergleich und Transact lassen / die bey dieser Sachen aufgewandte Unkosten aber aus hierzu bewegenden Ursachen compensiren und vergleichen.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XI.

SUPER DONATIONE OMNIUM BONORUM INTER VIVOS NEC NON FIDEICOMMISSO UNIVERSALI.

Uber eine Schenckung aller Gütter unter Lebendigen/ wie auch ein Universal-Fideicommiss.

SUMMARIA.

1. *Quæ ex merâ liberalitate proficiscuntur veram donationem inferunt.*
2. *Cumprimis quando hæc in præsentiâ duorum Testium facta.*
3. *In dubio præsumptio potius pro donatione inter vivos quàm mortis causâ capienda.*
4. *Donatio intuitu meritorum tametsi post mortem collata inter vivos celebrata censetur.*
5. *Et subsistit, quantumvis super omnibus bonis processerit.*
6. 7. 8. 9. *Quando fideicommissum præsumatur?*
10. *In fideicommissis sola disponentis voluntas prædominatur.*
11. *Quoties verba ad ipsum gravatum diriguntur, toties enixa Testatoris voluntas manifestatur.*
12. *Quando dispositio fideicommissaria etiam per duos Testes probetur?*
13. *Eaq; à Pagano facta non secundum Juris Civilis sed divini naturalis & gentium normam metienda.*
14. *Parochi præsentia non est de essentiâ nec ad rationem juris pertinet.*
15. *Fideicommissum cur in præsenti casu pro valido reputandum?*

SPECIES FACTI.

Titius hat zu N. Zeit seiner langwierigen Schwachheit in Beyseyn zweyer Zeugen sich vernehmen lassen / daß all das Seinige seines Stief-Bruders Sohn Sempronius künfftig haben solle / nicht weniger auch diese seine ernstliche Meynung und Willen Cajo, so sonsten ihme ab Intestato succediret hätte / eröffnet / und da bald darauf Titius mit Tod abgangen / Sempronius auch des Seinigen sich annehmen wollen / dazu aber / weil ihme Cajus widersprochen / nicht gelangen können / die Sache vor das Ambt zu Wetter gerathen / und dabey ersagte Verordnung für untüchtig / Cajus aber für einen rechtmäßigen Erben Titii erkannt worden ; So entstehet dahero die Frage : Ob sothane Disposition dermassen beschaffen seye / daß Sempronius darmit in Judicio Appellatorio auslangen und Reformatoriam Sententiam erhalten könne?

RESPONSUM.

1. Wofern dann der Schrifftliche kurtze Innhalt / worinnen diese Verordnung abgefasset / vom Titio selbsten / oder doch auf dessen Geheiß von jemand anders geschrieben worden / von solcher des Titii Abfassung auch oder dessen Geheiß die beyde Zeugen auf Erfordern einen Cörperlichen Eyd erstatten können / so vermag Sempronius sothane Verordnung zu einen tüchtigen Grund seiner vorhabenden Appellation zu setzen / und eines obsiegigen Ausschlags zu versichern. Allermassen die Wercke / deren Titius sich gebrauchet / anders nichts als eine besondere gegen den Sempronium bezeigte Freygebigkeit / Krafft deren Er Ihn mit allem dem Seinigen bedencken wollen / nach sich ziehen. Cùm ea, quæ ex merâ liberalitate & munificentia proficiscuntur, veram inferant donationem,

L. 1. princ. l. 27. l. 29. de donat.

eaque

caque tantò magis præsumatur, quò de nullo alio titulo apparet, ut probat

Mantica *de Tacitis & Ambig. Convent. lib. 13. tit. 10. n. 10.*

Bevorab da 2.) dieselbige in Gegenwart zweyer Zeugen zu Werck gerichtet / und dergestalt deren Validität auf festen Fuß gestellet worden; 2.

Brunnemann. *Consil. 173. n. 8.*

Hierbey auch 3.) das überall recipirte Brocardicum zu statten kombt: In dubio potius præsumptionem pro donatione inter vivos, quàm mortis causa capiendam esse; 3.

Clarus *in §. donatio. quæst. 4. n. 2.*

Zumahl da 4.) Titius zugleich Meldung gethan / was massen Sempronius mittelst vieler ihme erwiesener Wolthaten sich um ihn wohl verdient gemacht habe: Donatio autem inter vivos celebrata censetur, quæ intuitu meritorum facta, tametsi ea post mortem fuerit collata; 4.

Tiraquell. *in repet. L. 8. C. de revoc. donat. n. 53.*
Vincentius Carovius *decis. 84. n. 18.*

Worzu 5.) kombt / Analogiæ juris esse conveniens, donationem ejusmodi subsistere, quantumvis super omnibus bonis processerit, 5.

L. 35. §. 4. & 5. C. de donat.

ita ut etiam effectus donationis inter vivos post mortem suspendi valeat;

Mantica *dict. tr. lib. 13. tit. 30. n. 10.*

Wollten aber dessen ungeachtet 6.) bey jemanden die Gedancken aufsteigen / es schiene vielmehr diese Dispositio einem letzten Willen ähnlich / weil Titius mit besonderem Bedacht zugleich den Cajum angeredet / und eben dardurch / daß er das Seinige ihme gönnen und restituiren solle / zu einem herede fiduciario gemacht habe / so würde solcher Gestalt keine unschickliche Deutung auf ein Fideicommissum Universale gerichtet werden. 6.

 Dann

7. Dann obwohl sonsten 7.) keine Præsumption vor dergleichen genommen / noch auch auf Conjecturas zu dessen Einführung descendirt zu werden pfleget / so hat es doch hiermit eine andere Bewandtnus / quando graves & urgentes aut saltem probabiles conjecturæ concurrunt, quæ ex ipsis legum visceribus apertum nanciscuntur subsidium.

Honded. *Consil. 65. n. 22. & seqq.*
Carpzov. *Jurispr. for. p. 3. const. 8. def. 27.*
Richter. *decis. 62. n. 9.*

8. Nun ist aber 8.) sehr bemercksam / daß die vom Titio gebrauchte Formul, es sollte Sempronius all das Seinige haben / in denen Rechten dem klaren Buchstaben nach aufgezeichnet / und dadurch Fideicommissi denotatio verkundschafftet worden / luculentis siquidem verbis expressit Ulpianus, Fideicommissum induci, si quis scripserit, volo hunc vel illum meam hereditatem habere, in

L. 11. §. 10. de Legat. 3.

9. Deme 9.) nicht unklar beyschlägt Neratius, dum Fideicommissum inde elicit, quando quis utitur his verbis: Volo hereditatem meam esse alicujus, ut hoc loco Sempronii, in

L. 118. de Legat. 1.

10. Und dieses 10.) nicht ohne Ursach / cum enim in fideicommissis sola disponentis voluntas prædominetur, & utramque paginam faciat,

L. 127. de Legat. 1.

omne verbum ejus desiderium significans & declarans se velle, ut bona sua ad aliquem perveniant, solet esse fideicommissi illativum;

Mantica *de Conject. Ultim. Volunt. lib. 8. tit. 1. n. 1. & 2.*
Guid. Pap. *decis. Gration. 469.*

Idque ad mentem Pauli qui ita locutus est: Nec verba spectantur Senatus-Consulti, sed sententia quibuscunque verbis dum Testator

tor senserit, ut hereditas sua restituatur in

L. 19. §. 1. ad SCt. Trebellian.

Woran 11.) destoweniger zu zweifflen / da Titius seinen Willen 11.
besonders ad ipsam Caji gravati personam gerichtet / und wie in dessen Conformität er dem Sempronio das Seinige restituiren solle / verständlich / ernstlich und vollkommen offenbahret; quoties autem verba ad ipsum gravatum diriguntur toties enixa & seria Testatoris voluntas ita manifestatur, ut de ejus vigore & efficaciâ dubitare vel etiam recedere minimè sit permissum;

Peregrinus *tr. de Fideicommiß. art. 1. n. 48.*

Ob dann wohl 12.) sothane Dispositiones Fideicommissariæ mit 12.
5. Zeugen begleitet seyn müssen /

L. 22. C. de fideicomm.
L. ult. §. ult. C. de Codicill.

so wird doch hierdurch das Absehen allein ad complendam hujus actus solennitatem geführet;

Richter. *dict decis. 62. n. 17.*

Da aber bey gegenwärtigem Fall in Consideration kommt / wie und welcher Gestalt Titius seine ernsthaffte Verschaffung mit Nachtruck zu exprimiren / und selbige dem Gravato sonderlich auf sein Gewissen zu geben / Willens gewesen seye / so kan sothanes Vorhaben auch per duos Testes zur Genüge beygebracht und erwiesen werden / allermassen annexo præjudicio bestärcket

Richter. *dict. n. 17. in fin.*

Umb so mehr / da selbige 13.) à pagano zu Werck gerichtet / und 13.
umb deßwillen nicht so wohl juxta Solennitates Juris Civilis, als vielmehr secundum normam juris divini naturalis & gentium reguliret werden muß / idque ad præscriptum decretalis epistolæ in

cap. 10. X. de Testam.
Schilter. *ad Pandect. Exerc. 38. §. 116. in fin.*

Ohn-

14. Ohngehindert daß 14.) auch des Orts de interventu parochi Meldung geschehen / massen parochi præsentiam non esse de essentiâ, nec pertinere ad rationem juris, sed ad facti speciem, exinde constat, quòd in decisione Capituli sequentis 11. omittatur parochi adhibitio, ceu monet

Schilter. *dict. loc. post medium.*

Cui non parum suffragatur

Covarruv. *ad dict. cap 10. n. 12. vers. Cæterum.*

dum ita ait: Quod si Presbiter huic actui non adsit, loco tamen ejus sint præsentes duo testes, validum erit hoc testamentum, quia duo testes satis gerunt vices unius quantumcunque maxime authoritatis.

15. So wenig auch 15.) und Letztens Cajus sich hätte eines leiblichen Eydes entbrechen können / falls entweder Titius gar keine Aufzeichnung hinterlassen / oder ohne einigen Zeugen von seinem Willen ihme alleine Eröffnung gethan /

§. ult. Inst. de fideicommiss. hered.

so wenig wird er mit unverletztem Gewissen dieses Fideicommissum abläugnen können / falls er sich nur erinnert / auch wohl bedencket / daß die beyde hierbey gebrauchte zwey Zeugen so wohl de veritate hujus Fideicommissi / als auch demjenigen / was ihme Titius dero Zeit auf seinem Kranckbett mit gutem Bedacht aufgegeben / ein Eydliches Zeugnus erstatten können / so gar / daß er auch allemfalls sich darmit nicht behelffen könne / als seye dieses Fideicommissum im Stande Rechtens nicht zu salviren.

dict. §. ult. in fin.

CONSI-

CONSILIUM ſeu RESPONSUM XII.

CIRCA FIDEICOMMISSUM CONTROVERSUM.

Von einem ſtrittigen Fideicommiſs.

SUMMARIA.

1. *Hereditas in Codicillis data ad fideicommiſſum trahi ſolet, quando hi poſt teſtamentum ſunt conditi.*
2. *Quando Teſtator reſtituit Titium & deinceps in Codicillis diſpoſuit, ut Cajus eo mortuo heres eſſe debeat, inſtitutio jure fideicommiſſi valet.*
3. *Non minus tacita quam expreſſa fideicommiſſa valent & per conjecturas aliasve circumſtantias inducuntur.*
4. *Remuneratoriæ diſpoſitionis ſunt valdè favorabiles & in materiâ quoq; ſtrictâ extenſionem admittunt.*
5. *Fideicommiſſa tametſi verbis minus convenientibus ſignificata favorabilia judicantur, & interpretatione ſunt juvanda, ne intercidant.*
6. *Fideicommiſſa etiam conditionalia, per ultimas voluntates conſtituta, ante fiduciarium præmortuo eo, cui reſtitutio erat facienda, extinguuntur.*
7. *Conditione deficiente perinde habetur, ac ſi diſpoſitio non fuiſſet facta, neque ſubſtitutus jure aliquo privari dicitur.*
8. *In uno æquiparatorum diſpoſitum in altero quoq; diſpoſitum cenſetur.*
9. *Hereditas ſemel adita hereditatis nomen amiſit & propterea ad heredes inſtituti neceſſariò transmitti debet.*
10. *Jus accreſcendi poſt aditam hereditatem prorſus evaneſcit.*
11. *Cujus portionis nulla occurrunt veſtigia, ejus nomine fruſtranea eſt demonſtratio & petitio.*

12. *Quæ favore instituti heredis à Testatore sunt disposita, deficiente conditione in ejus odium non sunt detorquenda.*
13. *Contraria argumenta supra adducta diluuntur.*

SPECIES FACTI.

TEstator quidam in Testamento suo instituit Cajum ceu Heredem Universalem, Codicillis verò paulò post conditis ordinavit, ut quia contingere possit, ipsum ante novercam suam decedere, tali casu hæc hereditatis suæ semissem, alterum verò semissem Sempronius obtinere debeat: dum autem in facto contingit, ut dictus heres Cajus Novercæ supervixerit, quæritur: An Sempronius ad semissem sibi relictum admitti, nec non Novercæ semissem jure accrescendi consequi valeat?

RESPONSUM.

JNdem mir Ends-Bemeldten eine gewisse Testamentarische Disposition nebst einem darauf errichteten Codicill in Originali communiciret / und über die daraus gezogene Facti Speciem, wie auch sonderlich die darbey vorgestellte Frage mein Rechtliches Gutachten zu eröffnen die Ansinnung geschehen / so habe alles mit behöriger Sorgsamkeit verlesen / wohl erwogen / und darauf nachgesetztes unvergreiffliches Bedencken darüber mittheilen wollen. Ob dann wohl ersten Anblicks es das Ansehen gewinnen will / als wann des Testatoris Johann Conrad W. Verlassenschafft nicht dessen Halb-Bruders Johann Jacob W. Anverwandten / sondern vielmehr denen F. Erben angefallen seye?

RATIONES DUBITANDI.

1. JN Betracht 1.) berührtes Codicill nach dem allbereit aufgerichteten und vollzogenen Testament zu Werck gerichtet worden / heredi-

hereditas autem in codicillis data solet ad fideicommissum trahi, quando hi post testamentum sunt conditi, ceu post Bartolum, Paulum de Castro & Alexandrum latè docuit

Vasquius *de Success. creal. lib. 3. §. 25. limit. 30. n. 19.*

Sothane Meynung auch 2.) allerdings mit dem bemerckſamen Responso des Scævolæ begleitet zu seyn scheinet in 2.

L. 76. ad SCt. Trebell.

Als woraus gegenwärtigen Fall die Interpp. in terminis bestärcken/ valere nempe benignâ interpretatione institutionem jure fideicommissi, quando Testator instituit Titium, & in Codicillis deinceps factis disposuit, ut Cajus eo mortuo heres esse debeat, uti tradunt

Fusarius *de fideicommiss. substit. quæst. 289. n. 4.*
Carpzov. *J. F. p. 3. const. 8. def. 18. n. 9.*

Nebst deme auch 3.) nicht unbekandt / non minus tacita quàm expressa fideicommissa valere; illaque per conjecturas, præsumptiones, aliasve circumstantias induci, ceu multis probant 3.

Cardinal. Tusch. *lit. F. concl. 260. & 261.*
Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præs. 67. & 68.*
Grassus *lib. sentent. §. fideic. quæst. 4. n. 13. seq.*
Mevius *part. 7. decis. 17. n. 4.*

Hierzu auch 4.) die dem Testatori von der Stief-Mutter erwiesene und von ihme angepriesene Gutthätigkeit einigen Betrug zu thun scheinet / indeme derselbe dadurch sich zu Errichtung sothanen Codicills bewegen lassen / remuneratoriæ autem dispositiones sunt valdè favorabiles, & in materiâ quoque strictâ extensionem & ampliationem admittunt, 4.

Manzius *Special. Jur. Comm. voc. bene merita. n. 25.*

Unde etiam favore remunerationis discessus à consuetâ juris normâ toleratur, eaque conceduntur, quæ alioquin juri repugnant,

Tiraquell. *ad L. 8. C. de revocand. donat. n. 18.*
Socin. *reg. 139. fallent. 2.*

naturâ quippe, ut benefacientibus benefaciamus, instimulante & adstringente,

L. 25. §. 11. de hered. petit.

5. Uberdiß auch 5.) und Letztens mit dem Fideicommissis es so bewandt / ut ex parte eorum, quibus relicta favorabilia judicentur & juvanda sint interpretatione, nec intercidant,

Mevius *part. 7. decis. 18. n. 4.*

tametsi fortè verbis minus convenientibus in curiâ ejus, qui ea volente Testatore exprimere debuit, fuerint significata, cùm parum conveniat ordinationem tanto studio factam, uno vel altero verbo incongruo eludi debere, uti apposité monuit

Joan. Baptista Hodierna *Controversiar. forens. cap. 20. n. 36.*

eò magis, quò non tàm ex verbis, quàm mente ea induci soleant,

L. pen. de Legat. 1.

Klock. *Cons. 182. n. 587.*

RATIONES DECIDENDI.

6. Alldieweil jedoch 1.) der Testator mit deutlichen Worten / Falls der instituirte Erbe vor seiner Stief-Mutter mit Tod abgehen würde / in dem hernachmals errichteten Codicill Verordnung gethan / und da sich hingegen begeben / daß jener diese überlebet / dieselbe ihre völlige Endschafft erreichet / cùm etiam fideicommissa conditionalia per ultimas voluntates constituta ante fiduciarium præmortuo eo, cui voluntate fideicommittentis restitutio erat facienda, penitus extinguantur,

L. 59. pr. L. 79. §. 1. de condit. & demonstr.

L. 4. quando dies Legat. ced.

L. 48. §. 1. de Jur. Fisci.

& præmoriente substituto fideicommissario heredes ejus ab intestato non admittantur, sed hereditas instituti maneat, ceu post

Meno-

Menochium & Peregrinum tradit

Fuſarius *tr. de fideicomm. ſubſtit. quæſt. 277. n. 449.*

Subſtitutio autem, quæ ſemel expiravit, nunquam reviviſcit, & ſemel excluſus in perpetuum excluſus manet,

Menoch. *lib. 4. præſ. 50. n. 12.*

Zumahl da 2.) bekandt / daß alle auf dergleichen Condition aus- 7. geſtellte Diſpoſitiones bey deren nachbleibenden Erfolg expiriren und erlöſchen / conditione ſiquidem deficiente perinde habetur, ac ſi diſpoſitio non fuiſſet facta,

Surdus. *Conſ. 98. n. 36.*

Pariſius *Conſ. 8. n. 23.*

neque dicatur ſubſtitutus privari jure aliquo, ſed habeatur pro non ſubſtituto,

Caſtrenſis *Conſ. 292. princ. item ſi teſtator. vol. 2.*

cùm ſub conditione relictum ſub contrariâ non datum cenſeatur;

L. 10. L. 14. de adim. vel transf. legat.

Bey ſothaner Bewandtnus die F. Erben mit des Teſtaris Verlaſſen- 8. ſchafft ohnmöglich beerbfället werden können / geſtalt da dieſelbe dem klaren Innhalt des Codicills nach ein gleichmäßiges Recht mit der Stief-Mutter / im Fall dieſelbe den inſtituirten Erben überleben ſollte / haben / und dieſe in dem einen / jene aber in dem andern ſemiſſe ſuccediren ſollen / beyden darducrh der Weg zu ſothaner Succeſſion præcludiret worden / da die Stief-Mutter vor dem Erben zeitlichen Tods verfahren / in uno ſiquidem æquiparatorum diſpoſitum in altero quoque diſpoſitum cenſetur;

L. 2. C. commun. de legat.

Bartolus & alii *in L. 1. de Legat. 1.*

maximè circa id, in quo æquiparantur.

L. 1. §. 1. ad L. Falcid.

Tiberius Decian. *Conſ. 45. n. 35. vol. 1.*

9. Vielmehr 4.) es an deme / daß da Zweiffelsohn der instituirte Erbe die Erbschafft Krafft beyliegenden Testaments angetreteen haben wird / dieselbe auf niemand anders / als dessen nächste Bluts-Freunde devolviret worden seye / hereditas siquidem ab instituto herede semel aditâ hereditatis nomen amisit, & in patrimonium ejus plenè degeneravit;

L. 2. de bonor. possess.
L. 23. princ. de acq. vel amitt. possess.
Cæsar Argelus de Paltionibus *tract de acquir. poss. ex L. ult. C. de Edict. D. Hadrian. toll. quæst. 10. artic. 7.*

eâque de causâ necessariò ad heredes instituti transmitti debet,

arg. *L. 3. L. 19. C. de jur. delib.*
L. 12. C. de carbon. edict.
L. unic. C. de his qui ante apert. tab. test.

10. Mithin 5.) vergeblich de jure accrescendi, dessen sich etwan die F. Erben zu bedienen hätten / etwas zu berühren / cùm post aditam hereditatem jus accrescendi prorsus evanescat, ceu communem hanc Doctorum traditionem testatur & comprobat

Vultejus *Cons. Marp. 30. n. 198. vol. 4.*

Eamque etiam inter exteros sequitur

Casalis Manentus *Cons. 83. n. 11.*

& latius deducit;

Vasquius *de success. tom. 2. lib. 3. §. 23. n. 32. & seq.*

11. Allermeist da 6.) der vorher verstorbenen Stief-Mutter von des Defuncti Verlassenschafft nicht das geringste angefallen / und dergestalten ersagten Erben darvon nichts zuwachsen können / cujus enim portionis nulla occurrunt vestigia, ejus nomine frustranea est demonstratio & petitio,

Richter. *Cons. 31. n. 148.*

& nul-

& nullum quod est, nullum præstat juris fomentum aut adminiculum,

L. 2. de auth. tutor.

L. 29. §. ult. de acq. vel omitt. hered.

Und wäre demnach 7.) sowohl dem letzten Willen des Testatoris, als auch sonderlich dessen sorgfältig verordneter Institution entgegen / wann die F. Erben sich zu sothaner Erbschafft zu ziehen in Sinn nehmen wollen / quæ enim favore instituti heredis à Testatore sunt disposita, deficiente conditione in ejus odium contra juris rationem non sunt detorquenda, ne alioquin enixa testatoris voluntas fraudulenter circumveniatur, ceu cordatè loquitur. 12.

Merckelbach apud Klock. *Conf. 7. n. 30. vol. 4.*

Hieran auch 8.) alle Oblauts angeregte Zweiffel-Gründe nicht die geringste Hinderung thun / in reifflicher Betrachtung / daß allhier nicht die Frage vorfällt: Ob testamento condito hereditas in codicillis datæ transeat in fideicommissum? ob fiduciario mortuo Fideicommissarius ex benigna interpretatione sit admittendus? Ob ferner die Fideicommissa ex conjecturis & præsumptionibus entstehen können? Und ob letzlich dieselbe einiger massen favorabilia zu achten? Sondern vielmehr ob der jenige Casus, welchen der Testator in Errichtung eines Codicills intendiret / würcklich erfolget / und dahero mit Bestand gesaget werden könne / daß die jenige Persohnen / auf welche selbiger die Absicht führet / zu dessen Verlassenschafft zugelassen werden können? Dessen rechtliche Entscheidung aber durch berührte Satz-Gründe rechtlicher Gebühr nach darstellig gemacht worden. 13.

Als bleibet demnach es darbey / daß Johann Jacob W. Anverwandten / als rechtmäßig instituirten Erben / berührte Verlaßenschafft in toto angefallen / denen F. Erben aber nicht der geringste Zutritt darzu zu verstatten seye / sondern sie mit dem ihnen im Testament verschafften Legato sich begnügen lassen müssen; Von Rechtswegen.

CONSI-

CONSILIUM ſeu RESPONSUM XIII.

Quatenus ſubſtitutio pupillaris ab Aviâ in Teſtamento facta non jure ſubſtitutionis ſed fideicommiſſi valida ſit?

Wie weit eine von einer Groß-Mutter in ihrem Teſtament verfügte Subſtitutio pupillaris nicht als eine Subſtitution ſondern Fideicommiſs kräfftig seye?

An Patri Legitima Teſtamento intercipi poſſit?

Ob einem Vatter ſeine Legitima durch Teſtamentar. Verordnung entzogen werden könne?

SUMMARIA.

1. *Subſtitutio pupillaris quando non jure ſubſtitutionis ſed fideicommiſſi ſuſtineatur?*
2. *Matri in Tabulis pupillaribus præteritæ querela inofficioſi an denegetur?*
3. *Parentibus Legitima omnimodo debetur eaq; ceu debitum naturale nullo modo gravari poteſt.*
4. *In tantum ut liberi neq; directè neq; indirectè illam intercipere valeant.*
5. *Nec ex alterius facto eâ quiſpiam privari debeat.*
6. *Facultas Parentibus nomine liberorum teſtandi conceſſa pro ſingulari privilegio reputatur.*
7. *Subſtitutores pupillares ratione facultatis & authoritatis à Parentibus ratione ſubjecti verò & materiæ nomine liberorum conditæ cenſentur, & proinde in effectu pro ipſamet liberorum diſpoſitione habentur.*
8. *Ut ſubſtitutio pupillaris valeat, non in alterius ſed ipſius Teſtatoris poteſtate & quidem proximè eſſe debet.*
9. *Legitima ipſo jure à fideicommiſſo excepta cenſetur, & an non ſolùm ex perſonâ filii ſed & Trebellianica ex propriâ perſo-*

personâ detrahi possit, ventilatur.

10. *Ea in dubiis facienda interpretatio, quæ Parentis à filii hereditate non excludit.*

11. *In diversitate opinionum illa sequenda sententia, quæ in æquitate nec non naturali ratione & pietate magis est fundata.*

12. *Non tam dictum quàm ratio in legibus & constitutionibus attendenda.*

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldten vom Hern Rudolph August von C. nachfolgende Frage: Ob und wie weit das von Frauen Annen Margarethen H. Wittwen in Anno 1692. den 6.ten Martii aufgerichtete und mir zugleich in Originali vorgezeigte Testament, worinnen Sie ihrer Tochter / als gedachten Herrn C. gewesenen Ehe-Frauen / Kind nebst zweyen mit ihrem ersten Mann erzielten Söhnen zu Erben eingesetzt / und solchem Kind / im Fall selbiges mit Tod abgienge / ehe es zu Ehren gelangete / gedachte zwey Söhne als Stief-Brüder substituiret / dessen Vatter als ihren Eydam aber gäntzlich übergangen / gültig seye? fürgestellt / und ich mein Rechtliches Gutachten darüber zu eröffnen gebetten worden / so habe selbige mit behöriger Angelegenheit erwogen / und erstatte darauf folgende Rechtliche Nachricht / daß zwar dieses Testament und die darinnen verfügte Substitu- 1.
tio pupillaris nicht jure Substitutionis, sondern Fideicommissi, in Ansehung der daran gehängten Clausulæ Codicillaris, kräfftig seye und salviret werde / wie die Rechts-Lehrer einstimmig bezeigen und bestärcken / auch solches in decidendo & pronunciando beliebet haben.

Clarus §. *Testamentum. quæst. 16.*
Hartm. Pistor. *part. 4. quæst. 9. n. 19.*
Schneidewin. *ad Inst. tit. de Codicill. §. 5. n. 5.*
Carpzov. *part. 3. Const. 8. def. 17.*
Philipp. *Usu pract. Inst. eclog. 62. n. 4. & 5. lib. 2.*

Gleichwohl aber die Testatrix des Kindes Vatter ihren Eydam als Con- 2.

 sulenten

sulenten durch sothane Verordnung die ihme gebührende Legitimam zumahlen nicht entziehen können / sondern deren ohngeachtet er solche condictione ex Lege zu fordern berechtiget seye; Dann ob es wohl an deme / daß dieser letzter Wille von des Kindes Alt-Mutter verschaffet / so ihrem Eydam zumahl keine Legitimam schuldig ist / aus welchem Rechts-Grund auch matri in tabulis pupillaribus æterpritæ querela inofficiosi denegiret /

in L. Papinianus. 8. §. 5. de inoff. testam.

auch von vielen Interpretibus allerdings Legitima abgeschnitten / dun zu dessen Behuff sonderlich textus in

cap. si pater. 1. in fin. de Testam. in 6to.

angeführet wird / wie weitläufftig zu lesen und zu sehen beym

Covarruv. *in cap. cùm essem. de Testam. n. 11.*
Honded. *Cons. 51. n. 18. vol. 2. part. 4.*
Cravetta *Cons. 141. n. 7.*
Guidon. Papa *Cons. 53. n. 3.*
Alexand. Tartango *Cons. 69. n. 18. lib. 3.*
Struvio *Exerc. 10. th. 39. & Ex. 33. th. 29.*

so wird doch solche Meynung erronea genennet à

Richtero *decis. 55. n. 3.*

3. Und zwar nicht ohne Grund / indem 1.) bekandt / quod Matri, & in nostro casu Patri omnimodò Legitima debeatur, eaque ceu debitum naturale nullo modo gravari, multò minus verò intercipi possit,

L. quoniam. 32. L. scimus. 36. §. 1. C. de inoff. testam.

adeò ut nec statutum valeat, per quod portio hæc materialiter accepta tollitur & subvertitur,

Besold. *Cons. 148. n. 44. part. 4.*

dique in specie etiam de Legitimâ Parentibus debita asseverant,

Carpzov. *J.. part. F3. const. 1.*

Berlich.

Berlich. *part. 3. concl. 18. n. 16.*
Richter. *decis. 52. n. 4.*

cùm & hæc ascendentibus ex veriori sententiâ secundum jus naturale debeatur, ut non saltem probat Papinianus in

L. Nam etsi. 15. ibi: piè relinqui debet. de inoff. testam.

verùm etiam in decidendo secutus est

Besold. *Cons. 197. n. 1. part. 5.*

Auch 2.) die Kinder denen Eltern die Legitimam zumahl nicht directè, einfolglich auch nicht indirectè entziehen können / cùm per indirectum concedi non debeat, quod directò est prohibitum, 4.

cap. cùm quid unâ. 84. de R. J. in 6to.

ne alioquin tàm enixa & solida in gratiam Parentum facta provisio eludatur,

L. si prætor. 75. de judic.
L. sicut is. ult. ne quid in loc. publ.

Ingleichen 3.) die Jura zumahlen nicht verstatten / ut alterius facto quispiam onerari, 5.

L. si unus. 27. §. 4. de Pact.

& in specie Legitimâ privari debeat.

Richter. *dict. antea loco.*

Bevorab da 4.) die denen Eltern ertheilte Macht im Nahmen ihrer Kinder zu testiren ein besonderes Rechtliches Privilegium zu achten; 6.

L. moribus. 2. pr. de vulg. & pup. substit.

Tale autem non debet nec potest in præjudicium alterius converti.

cap. postoralis. 19. X. de privil.

neque justitiam, & cumprimis naturalem, lædere vel impedire,

cap. patentibus. 10. X. eod.
Pruckmann. *Cons. 39. n. 85.*

 Nebst

7. Nebst deme 5.) dergleichen Substitutiones pupillares zwar ratione facultatis & authoritatis von denen Eltern ratione subjecti verò & materiæ in Nahmen der Kinder / und von denen entweder vorhin besessenen / oder aufs neu ihnen zugefallenen Güttern aufgerichtet / und dahero in effectu anderster nicht / als wann die Kinder selbsten disponiret hätten / geachtet werden können /

§. igitur. 2. Inst. de pup. substit.
L. pupillares. 8. testam. quemadm. aper.

so daß sothane Substitutio nicht patris, sed filii testamentum zu nennen / wie cùm Glosâ & Doctoribus erhärten

Alexand. Tartangus *Cons. 119. n. 4. lib. 6.*
Curt. Jun. *Cons. 134. n. 1.*
Surdus *Cons. 541. n. 21.*

Atque hanc sententiam cum multis, quos citat, Interpretibus etiam tuetur, & contraria solidè diluit

Harprecht. *ad princ. J. de pup. subst. n. 47. & mult. seqq.*

nec non facultatem Juridicam Jenensem in respondendo secutam esse testatur

Richter. *Cons. 318. vol. 2.*

8. Am allermeisten aber muß diese Meynung in gegenwärtigem Fall Platz finden / weil 6.) das Kind / deme die Substitutio beschehen / annoch in seines Vatters Gewalt ist / und in dessen Ansehung auch die Alt-Mutter rechtlicher Anleitung nach / ihme pupillariter nicht substituiren können / ad hoc enim ut substitutio pupillaris valeat, non debet in alterius sed ipsius testatoris potestate & quidem proximè seu nomine intercedente esse,

princ. Inst. de pup. subst.
L. moribus. 2. princ. eod.

& propterea mater aut avia tali modo substituere non potest,

Fusarius *tr. de pupill. substit. quæst. 118. n. 27.*

Und

Und weil dahero 7.) sothane Substitutio allein instar fideicommissi ex clausulâ codicillari enascentis sustiniret wird / so müssen nothwendig des Kindes Erben / im Fall es nach der im Testament vermeldeten Condition absterben sollte / leyden und nachgeben / daß der Vatter als Consulent die Legitimam abziehen / und sich zueignen könne / wie wohl bemercket 9.

Richter. *decis.45.n.5.*

cùm legitima ipso jure à fideicommisso excepta censeatur, benè & pertinenter concludente ac decidente,

Merlino *tr. de Legitimâ. decis. rot. roman. decis. 208. n. 8.*

Welches auch so weit von einigen extendiret wird / daß eine Mutter oder Vatter bey dergleichen Substitution nicht nur Legitimam ex persona filii, sed & Trebellianicam ex propriâ personâ, und also zwey quartas detrahiren könne / wie cum citatis apertè bezeuget

Surdus *Cons. 363. n. 14.*

Welche Meynung gleichwol als singularis billig an seinen Ort gestellet / die Legitima aber bey sothanen Umbständen und Gründen mit höchstem Fug und Recht dem Vatter adjudiciret wird; Und zwar mehrers und zum

8.) weil Articulus hactenus delineatus & deductus apud Doctores dubius & controversus gehalten wird / in dubiis autem ea facienda interpretatio, quæ matrem & hoc in casu patrem à luculosâ filii hereditate non excludit, ut eleganter & appositè concludit 10.

Curtius Junior *Cons. 134. n. 6.*

Hierzu kombt 9.) und letztens / quòd in diversitate opinionum illa sequenda & eligenda sententia, quæ magis æquitati, quàm rigori velificatur, 11.

L. placuit. 8. C. de Judic.

præsertim si in naturali Ratione, nec non pietate, quæ Parenti-

bus debetur, sit fundata,

Mynſ. *cent. 2. obſ. 10.*
Vultej. *Conſ. Marp. 29. n. 108. vol. I.*

imò licet communis opinio sit in contrarium, tamen si erroris convinci possit, & fortiores rationes suffragentur, ea deferenda & tutior magisque radicata sententia amplectenda,

Tabor Barbos. *locuplet. lib. 13. cap. 25. n. 7.*

12. Und dieser Meynung fället auch bey / referiret auch gegenwärtigen Fall cum annexo præjudicio in terminis,

Carpzov. *J. F. p. 3. Conſt. 8. def. 4.*

Und obgleich dessen Decision auf das Jus Saxonicum gerichtet ist / so müssen doch die dabey angeführte und ex jure communi genommene Momenta einen gleichmäßigen Nachdruck auch anderswo / und extra illud forum nach sich ziehen cùm in omnibus legibus atque constitutionibus non tàm ipsum dictum quàm potius ratio ejus attendi debeat,

L. cùm pater. 77. §. 20. de leg. 2.

cum ratio idem legi, quod anima corpori præstet;

L. ſcire leges. 17. de LL.

CONSI-

CONSILIUM ſeu RESPONSUM *XIV.*

IN EADEM MATERIA.

An præteritio Patris Teſtamentum ab Aviâ conditum ipſo jure nullum reddat, vel illud mediante clauſula codicillari ſalvetur, adeò ut Pater Legitimam tantum prætendere valeat?

Ob ſothanes Altvätterl. Teſtament durch Verkürtzung des Vaters in ſeiner Legitima von Rechtswegen null und nichtig ſeye oder vermittelſt der Clauſulæ codicillaris beſtehen könne/ u. der Vater allein beſagte Legitimam anzuheiſchen befugt?

SUMMARIA.

1. *Patri Legitima à liberis debetur, iisq; citra annulationem Teſtamenti ab iis nullâ legali causâ additâ præteriri nequit.*
2. *Quando tota Hereditas reſtitui jubetur, Teſtatoris voluntas fuiſſe videtur, ut Legitima detrahi haud debeat.*
3. *Injuria præteritionis intuitu patris pro graviſſimâ reputatur.*
4. *Patris & filii Teſtamentum pro uno habetur, ac proinde unica ſaltem ſolennitate indiget.*
5. *Legitima tàm parentibus quàm liberis non ſingulari ſed univerſali Titulo debetur, quod etiam in diſpoſitione Parentum inter liberos obtinet.*
6. *Liberi Parentibus Legitimam ſine ullo gravamine præſtare tenentur, adeò ut nec conſenſus in gravamen iſtud obſit.*
7. *Avia Nepoti per fideicommiſſum rectè ſubſtituit, adeò ut talis ſubſtitutio neque ex capite inofficioſi neque prætextu præteritionis impugnari valeat.*
8. *In caſu liberorum à Parentibus præteritorum an vitium per clauſu-*

clausulam codicillarem salvari possit, disquiritur, & affirmativa tam rationibus quàm authoritatibus evincitur.

RESPONSUM.

Die mir anderwärtig fürgestellte Frage: Ob das mir vorgezeigte Testament und die darinnen verfügte Substitutio Pupillaris zu Recht bestehen könne / oder nicht vielmehr gantz und gar null und nichtig seye? ist allbereit im überschickten Responso abgethan und rechtlich decidiret worden; Dann

1. Ob es wohl 1.) an deme / daß dem Herrn Consulenten / als Vattern / darinnen keine Legitima verordnet / und er dergestalt gäntzlich præteriret worden / certi autem juris sit, patri legitimam à liberis deberi, eumque citra annullationem testamenti ab his nullâ legali causâ additâ præteriri non posse;

Nov. 1. præfat. §. 1. verb. secundum ipsam naturam patribus.
Nov. 115. cap. 4.

2. Vielmehr 2.) dahin die ausdrückliche Versehung geschehen / daß die dem Kinde zufallende Erb-Portion auf den begebenden Fall ohne die geringste Verkürtzung wieder ausgeantwortet werden solle / und dahero anderster nicht zu schließen / als daß die Testatrix des Kindes Vatter beflissentlich übergehen / und allerdings à Legitima ausschließen wolle / quando enim tota & integra hereditas restitui jubetur, videtur testantis voluntas fuisse, ut etiam Legitima haud detrahi debeat,

Menoch. *lib. 4. præsumpt 72. n. 12.*

cùm de toto disponens nihil excludere & reservare censeatur,

Carpzov. *prax. Crim. p. 1. q. 22. n. 28.*

3. Mithin wird 3.) die dem Vatter hierdurch zuwachsende Schmach ergrössert / und die ihme gebührende Pietät beyseit gesetzet / tantò gravior enim est injuria præteritionis, quantò major est affectus patrem excludenti eumque debito naturali defraudandi,

L. cum

L. cum oportet. 6. verf. Quod etiam gravius. ibiq; Gloß. C. de bon. quæ liber.

imò graviſſima reputatur, quæ patri contra pietatem infertur,

L. ſed ſi hâc. 10. §. 12. de in jus vocand.

Allermaſſen was dißfalls 4.) an Seiten der Teſtatricin beſchehen/ 4.
anderſter nicht / als wann das Kind ſelbſten die Verordnung aufgerichtet hätte / geachtet zu werden pfleget / cùm patris & filii teſtamentum pro uno habeatur, ac eapropter unicâ etiam ſolennitate ſit contentum, ut apertè Ulpianus comprobat in

L. patris. 20. de vulg. & pup. ſubſt.

Auch 5.) dieſes alles deſtomehr Platz findet / weil die Legitima 5.
gleichwie denen Kindern / alſo auch denen Eltern nicht mehr Titulo ſingulari, ſondern allein univerſali verlaſſen werden kan und muß;

citat. Nov. 115. cap. 3.

cùm talis non ſaltem honorabilior ſit, verum etiam juri accreſcendi, ſi forte ſcriptus heres deficiat, locum faciat,

Vaſquius *tr. de Succeſſ. Rubric. de ſucceſſ. creal. lib. 2. §. 20. n. 235.*

ſo daß ſolches zu beobachten / ob gleich die Eltern ihren letzten Willen bloßhin inter liberos verordnet /

Richter. *deciſ. 29. n. 45.*
Carpzov. *J. F. part. 3. conſt. 4. def. 21.*
Mevius *part. 4. deciſ. 14. n. 5.*

cùm in tali teſtamento extrinſecæ quidem ſolennitates remiſſæ, non verò intrinſeca ad quam pertinet ejuscemodi inſtitutio,

§. ante. 34. J. de Legat.

ejusque defectus non ſolennitatis probatoriæ, ſed ſubſtantialis reputetur, ut benè

Richter. *dict. loc. n. 46.*

Nebſt deme 6.) und Letztens zwar ſonſten einem jeden Extraneo 6.
Ll erlaubt/

erlaubt / nach eigenem Belieben mit seinen Güttern zu verfahren / und darvon zu disponiren /

L. in re mandatâ. 21. C. mand.

denen Kindern aber Rechtlicher Anleitung nach auferleget die Legitimam denen Eltern sine ullo gravamine zu verlaßen und zu verschaffen /

L. quoniam. 32. C. de inoff. testam.

cùm nemo in testamento suo cavere possit, ne leges in illo locum habeant,

L. nemo. 55. de Legat. 1.

in tantum, ut nec consensus in gravamen istud obsit veluti si quis sponte suâ, vel etiam tacendo & non contradicendo illud agnoverit, ut cum citatis bene monet

Besold. *Cons. 167. n. 32. part. 4.*

7. Alldieweil jedoch die Testatrix ihr Testament mit der Clausula Codicillari verwahret / und solches dergestalt instar Fideicommissi bestehet / wie allbereits in Ratione Decidendi septimâ prioris Consilii gezeiget worden / allermassen die Krafft und Nachtruck dieser Clausulæ darinnen bestehet / daß der Vatter / so sonsten des Kindes nächster Erbe bey ergebendem Fall gewesen wäre / von der Testatricin gebetten worden / bloßhin die Legitimam von dessen hinterlassenen Güttern abzuziehen / und zu geniesen / den übrigen Antheil der Erbschafft aber denen Kindern erster Ehe hinzugeben / und zu restituiren / per textum in

L. ex eâ scripturâ. 29. §. 1. qui testam. fac. poss.

Und dahero zwar die Alt-Mutter diesem Kinde nicht pupillariter, wohl aber per Fideicommissum substituiren können / wie diesen Casum in terminis terminantibus referiren und darlegen

Carpzov. *lib. 3. Respons. 29. n. 20.*
Brunnemann. *Cons. 28. n. 62.*

So

So daß sothane Verordnung weder ex capite inofficiosi rescindiret / wie die Rechts-Lehrer communiter lehren / und mit vielen præjudiciis hin und wieder bewähren /

de Prætis *lib. 3. Int. 1. dub. 1. fol. 4. n. 18.*
Turret. *quæst. 26. n. 7. & seqq.*
Barrus *de success. lib. 10. tit. 16. n. 13.*
Gail. *lib. 2. Obs. 114. n. 1. seqq.*
Zepper. *Tr. de Codicill. cap. 4. n. 56. & 57.*
Struv. *Synt. Jur. Civ. Ex. 10. th. 36.*

weder prætextu præteritionis angefochten werden kan / cùm etiam hoc vitium clausula codicillaris sanet, gestalten abermahl in casu præteritorum Parentum Lipsienses respondisse refert

Carpzov. *lib. 6. respons. 113. n. 9. seqq.*

Obwohlen / was den Casum liberorum à Parentibus præteritorum anlangt / die Doctores ungleicher Meynung sind / und einige dahin incliniren / es könne dergleichen vitium per clausulam codicillarem nicht gehoben werden / wie zu sehen beym 8.

Ludwell. *tr. de ult. Vol. p. 2. c. 5. p. 418. & 419.*
Fachinæo *lib. 4. Controv. c. 11.*
Carpzov. *J. F. p. 3. c. 9. def. 11. & dict. Respons. 113. n. 12. & 13.*

Gleichwohl aber die widrige Meynung die bewährteste ist / und mit weit besserem Gründen unterstützet / angesehen / quòd præteritio liberorum solùm efficiat, ut liberi ab intestato ad Parentum hereditatem vocentur, ut apparet ex

Novell. 115. c. 3. §. 14. in fin.

Constat autem eam virtutem clausulæ codicillaris esse, ut omnia in ultimâ voluntate disposita quasi ab intestato relicta censeantur, & propterea existere casum, quo liberi ab intestato hereditatem capientes, sed in testamento præteriti, obligentur,

L. ex eâ. 29. qui testam. fac. poss.

Ad hæc dicta clausula semper effectum suum exerit, quando testamentum intuitu defectus alicujus subsistere nequit;

d.L.29. junct. l.ult. §.1.C. de Codicill.

At verò testamentum propter præteritionem defectu quodam laborare, nullum habet dubium;

princ. Inst. de Exhered. liber.

In deren Absicht dann auch die meiste so wohl in Theoria als Praxi der letztern Meynung beypflichten / wie offenbahr bekandt machen

Bartol. *ad L.1.ff. de Jur. Codic.*
Piso *variar. Resolut. lib.3. c.2. n.34.*
Hondedæus *Cons.74.n.31.& 56. vol.1.*
Gail. *2. Obs.114. n.9. seqq.*
Guido Papa *decis.323.*
Colleg. Argent. *ad Tit. de Codic. th.20.n.1.2.*
Struv. *Ex.34. th.65. n.2.*
Brunnemann. *ad L. sæpissimè. 1. ff. de jur. Codicill. n.5. ubi plures allegat.*

Atque hanc sententiam in respondendo quoque secuti sunt

Marpurgenses Cons.19.n.56.& 57. vol.2.

ubi tradunt eam communem, glossam verò contra sentientem damnatam esse.

Als ist gewiß und unstreitig / daß der Herr Consulent als Vatter diese der Testatricin Verordnung keines Weges als null und nichtig über einen Hauffen stossen / sondern im Fall das Kind / welchem substituiret worden / mit Tod abgienge / allein die Legitimam von dessen Erb-Portion zu fordern / die Kinder erster Ehe aber alles übrige jure Fideicommissi zu prætendiren berechtiget seyen.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XV.

An Avia pupillariter substituere valeat?

Ob eine Großmutter pupillariter substituiren könne?

SUMMARIA.

1. *Avia cur pupillariter substituere nequeat? Idque etiam in Praxi observatur.*
2. *Ac proinde successio Patri ceu proximo heredi ab intestato & ex hujus cessione Ecclesiæ in præsenti casu patet.*

SPECIES FACTI.

DJe Mevia setzet ihre Kinder ehelich aus / endlich übergiebt sie denenselben auch alle ihre liegende Gütter / doch mit Vorbehalt eines gewißen Auszugs; Unter andern Kindern verheyrathet sie eine Tochter an N. diese zeuget mit ihrem Mann ein Kind / und darauf stirbt sie mit Hinterlaßung dieses ohnmündigen Kindes; die respectivè Mutter und Groß-Mutter machet auf ihrem Todbett eine Disposition hujus argumenti: daß nach ihrem Tod ihr Auszug unter ihre Kinder solle vertheilet werden / der Theil aber / so gedachtem ihrem minder-jährigen Enckel würde zukommen / solle verkaufft / das Geld darfür auf Pension wieder ausgelehnet / zu Capital gemacht / und endlich / wann dieser Enckel heyrathen würde / solle ihme von seinem verordneten Curatore alles überreichet werden. Darauf stirbt die Groß-Mutter / und solcher nach der ohnmündige Enckel.

Entstehet dahero die Quæstio: Wer Erbe seye dieses respectivè verstorbenen Kindes und Enckels? Ob dessen Erben seyen seiner verstorbenen Mutter Brüder und Schwestern / Krafft der Alt-Mütterlichen Disposition, oder dessen hinterbliebener rechtmäßige Vatter?

Diese Sache wird coram Judice competente ventiliret / und weil keine Sentenz darüber gegeben wird / wird der Vatter des respectivè verstorbenen Kindes und Enckels bewogen / seine Prætension und Jus der Kirchen zu N. N. zu cediren;

Bey diesem Casu ist auch merckwürdig / daß der Vatter des verstorbenen Kindes den Auszug seiner Schwieger / so lang sie gelebt / in allen Oneribus hat müssen helffen verhalten; 2.) Jhro Jährlich eine gewiße Anzahl bereiten Flachs und Tuchs zu ihrer Bekleidung gegeben; 3.) Seine Schwägere nach dem Tod seiner Schwieger ihn nicht zum Begräbnus gebetten / gleichwohl aber die sumptus sepulturæ zu seinem Theil ihme dargerechnet / so er auch würcklich bezahlet;

Jst nun die Quæstio: Ob die Kirche zu N. N. ein in Rechten gegründetes Fundament habe?

RESPONSUM.

1. AUf die mir zugeschickte Facti Speciem und die darbey vorgestellte Frage spreche hiermit für Recht. Hat Mevia eine Tochter von ihren Kindern anderwärts verheyrathet / und von selbiger einen Enckel / vor welchem die Mutter her verstorben / erlebet / forters hierauf über den bey Ubergab der Gütter vorbehaltenen Auszug dergestalt disponiret / daß selbiger nach dero Hintritt unter denen Kindern vertheilet / ersagten Enckels daran habende Portion aber verkauffet / das Geld nebst der davon Jährlich fallenden Pension als ein Capital ausgelehnet / und bey seiner künfftigen Verheyrathung ihme von seinem verordneten Curatore eingehändiget werden solle / und dann erfolget / daß erwehnte Mevia vorher / und nach selbiger auch der Enckel Todes verblichen / so werden mit dessen Erb-Portion nicht seiner Mutter Geschwistere / wann gleich diese ihme substituiret worden / cùm Avia pupillariter substituere non possit, patriâ quippe potestate, quæ ad tale substitutionis genus requiritur,

princ. Inst. de pup. substit.
L. 2. pr. ff. eod.

pror-

prorsus destituta,

§. 10. Inst. de Adopt.

adeò ut etiam in praxi id servari testetur

Carpzov. *p. 3. const. 8. def. 16.*

sondern vielmehr dessen Vatters als nächster Erbe ab intestato beerbfället;

per Novell. 118. cap. 2.

Und ist demnach die Kirche / deren der Vatter sein Recht cediret / so- 2.
thanen ihme angefallenen Antheil anzuheischen wohl berechtiget. Wann auch gleich der Enckel mit seiner Mutter Geschwistern zum Erben instituiret / und dergestalten dessen Erb-Portion jure accrescendi auf selbige als Coheredes devolviret worden wäre / so hätte doch dem Vatter seine daran von Natur und Rechtswegen habende Legitima nicht entzogen werden können / videatur

Hartmann. Pistor. *Observ. 171. n. 4. & seqq.*

Sollte jedoch die Alt-Mütterliche Disposition von deren eigentlichen Innhalt / wie auch ob selbige münd- oder schrifftlich beschehen / keine Communication geschehen / einige besondere Umbstände nach sich ziehen / so wäre alsdann hierauf eine andere Erklährung / Falls selbige zu Handen käme / zu erwarten.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XVI.

De desertione & omissâ prosecutione appellationis interpositæ & introductæ, nec non cumulatione nullitatis insanabilis.

Ob und welcher Gestalten einer interponirten auch fortters introducirten Appellation durch deren unterlassene Fortführung renunciiret / un selbige vor desert zu achten / auch die Nullitäten-Klage mit selbiger zugleich cumuliret werden könne?

SUMMARIA.

1. *Appellans Judicem à quo denuò adiens appellationi suæ renunciat, licet desuper fuerit protestatus.*
2. *Ast quando per comparitionem appellationi renunciasse haud censeatur, traditur.*
3. *Quod multò magis obtinet, quando petit à Judice à quo se defendi in possessione.*
4. *Renunciatio juris quæsiti persecutionem elidit, & per actus demum appellationi contrarios haud verò conservativos renunciatio inducitur.*
5. *Regula supra* num. 1. *adducta in actibus tantum appellationi repugnantibus obtinet.*
6. *Appellatione denuò interpositâ animus priori inhærendi declaratur.*
7. *Differentia inter actus qui consistunt in facere, & qui in pati sonant, traditur.*
8. *Etiamsi renunciatio appellationis reapse processerit, justis tamen exceptionibus vel remediis rescindi potest.*
9. *Nullitatis persecutio semper salva manet, etiamsi appellationi renunciatum vel in libello gravaminum solius appellationis mentio facta fuerit.*
10. *Appellans non autem prosequens ea approbat à quibus appellare quidem intendit, non autem prosecutus est.*
11. *Desertionem appellationis contumacia*

tumacia vel lata culpa appellantis inducit, ſine accuſatione tamen partis & declaratione Judicis appellatio pro deſertâ haud habetur.

12. *Appellans in termino comparens & gravamina ſua urgens contumaciæ reus haud eſt.*

13. *Fatalia proſequendarum appellationum hodie non attenduntur.*

14. *Fatalia non currunt ei qui appellationis devolutionem allegat, & ſuper attentatis quæſtionem movet.*

15. *Si gravamina ſunt ſucceſſiva & iterata fatalia haudquaquam currunt, adeò ut ab ultimo decreto fieri poſſit appellatio, etſi à primo appellatum non fuerit.*

16. *Licet appellans priorem appellationem non fuerit proſecutus, eam tamen deſeruiſſe non videtur, ſi poſteriorem rite introduxerit.*

17. *In dubio ob imminens reſtitutionis beneficium pro appellatione pronunciandum.*

18. *Pro Judice ejusque proceſſu ſemper præſumptio capitur, licet ſententia per appellationem fuerit ſuſpenſa.*

19. *Fallit tamen, quando producuntur acta, ex quibus de injuſtitiâ ſententiæ apparet.*

20. *Cauſæ cognitio quando omiſſa cenſeatur.*

21. *Sententia ſine cauſa cognitione lata nec non mandatum eodem modo datum tàm in petitorio quàm poſſeſſorio ipſo Jure nullum eſt, quod ampliatur.*

22. *Ut probatio ſit in Salvo, Judex curare nec citò ad ſententiam properare debet.*

23. *Poſſeſſio ſemper juſta præſumitur, & in dubio pro eâ pronunciandum. Tempus antiquiſſimum & immemoriale qualem effectum habeat?*

24. *Privilegium ſpeciem legis conſtituit, & quod ob bene merita collatum inſtar compenſationis habetur, nulliq; revocationi ſubjacet, nec per ſuperiores conceſſum per inferiores infringi debet.*

25. *Inſanabilis nullitas eſt juri per Transactiones cum ſuperioribus initas quæſito detrahere.*

26. *Ordo in Judiciis haud confundi debet & cauſa poſſeſſionis cum lite proprietatis nil commune habet.*

27. *De pœna deficiente dolo tractari in-*

ri inconveniens est, hicque cur in præsenti casu cesset latius deducitur.

28. *Quod nullum est confirmari nequit.*

29. *Quando Judex appellationis ad ulteriora progreditur, exceptiones desertæ appellationis rejecisse censetur.*

RESPONSUM.

Bey deme den 2.ten Octobris dieses Jahrs zu C. eröffneten Ober-Appellations-Bescheid geben sich drey unterschiedliche Fragen zu entledigen an; 1.) Ob denen sämtlichen Herrn S. zu S. als Appellanten mit Bestand beygemessen werden könne / daß sie der im Jahr 1680. interponirten / auch forters introducirten Appellation renunciiret / und bey dem Judice à quo sich wiederum eingelassen hätten?

2.) Ob die Appellation dadurch desert worden / daß solche ihrer Seits nicht prosequiret und zum Ende befördert worden?

3.) Ob der im Jahr 1680. den 14.ten Decembr. zu M. ergangene Bescheid zu Recht bestehe / mithin die anderwärtig im Jahr 1699. ertheilte Sentenz, als eine confirmatoria zu achten und zu halten seye? Anreichend nun

Die Erste Frage:

So scheinet an Seiten der Herrn Appellanten sich keine geringe Schwürigkeit herfür zu thun.

RATIO DUBITANDI.

1. Indeme zu Recht versehen / quod Appellans interpositâ appellatione Judicem à quo denuò adiens appellationi suæ renunciare censetur;

Pingizer *Consil.* 2. *n.* 14.

Lancel-

Lancellott. *tract. de Attentat. part. 2. cap. 12. præfat. n. 17.*
cumprimis si terminum petiit & obtinuit, ceu ampliat
Marcus Antonius de Amantis *Decis. Anconitan. 59. n. 8.*
Adeò, ut licet expresse protestatus fuerit, se per hoc appellationi renunciare nolle, tamen non audiatur
Thulemann. *Relat. Camer. 11. n. 14. part. 3.*
cùm protestatio hæc sit facto contraria, quæ per actum subsequentem contrarium & incompatibilem viribus destituatur;
Surdus *Consil. 136. n. 28.*
Cephal. *Cons. 222. n. 14.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

Alldieweil jedoch bey dieser Sachen gantz andere Umstände mit unterlauffen / und zwar 1.) daß da post devolutam appellationem dieselbe in Judicio appellatorio gehöret / und nach denen an Seiten der Herrn Appellanten vorgestellten trüfftigen Motiven à Procuratore Fisci ferner nicht getrieben / mithin jene bey ihrer hergebrachten uralten Possession gelassen worden / auch da lang hernach / und zwar im Jahr 1688. die Herrn Appellanten wegen verfahrnen Zolls / beym Judice à quo abermahl angetragen / auch deren Bericht hierüber erfordert worden / dieselbe dagegen ihre ergriffene Appellation, darauf erhaltene inhibitoriales & compulsoriales auch wie weit bey dem Ober-Appellations-Gericht allschon darinnen verfahren seye / angeführet / hierdurch auch zur Gnüge / daß dagegen zumahl nichts attendiret werden können noch dörffen / zu verstehen gegeben haben / wie die sub lit. A. neben beygehende Copia Berichts klar zu Tage leget / so ist nach Anleitung der Rechten ohnschwehr zu ermessen / daß der Appellation bey weiten nicht renunciiret / vielmehr im Gegentheil dieselbe mehrers stabiliret worden seye; Si enim Appellans compareat coram Judice 2.

à quo, & interpositam appellationem alleget, nec non causam ad superius Judicium pertinere, nihilque innovandum & attentandum esse opponat, tum per talem comparitionem non censetur appellationi renunciasse, ceu in terminis terminantibus scribunt

Lancellot. *dict. tr. part. 2. cap. 12. ampliat. 2. n. 5.*
Mynsing. *cent. 3. Obs. 22. in fin.*

3. Um so mehr / da 2.) die Herren Appellanten sich auch zugleich auf ihre langwürige und unverruckte Possession bezogen / anbey sie dabey ruhig / und mit dergleichen Turbationen ferner nicht beschwehren zu lassen / angehalten / und zwar nach Anleitung so wohl berührter Beylagen sub lit. A. als auch der sub lit. B. tantum autem abest, renunciare illos, qui petunt à Judice à quo se defendi in possessione, ceu in terminis quoque tradit & hoc modo decretum esse refert

Mevius *part. 2. decis. 76.*

4. Ohnedem auch 3.) diese der Herrn Appellanten Actus mit der Art/ Natur und Eigenschafft einer Renunciation zumahl nicht überein kommen / renunciatio siquidem juris quæsiti persecutionem afficere, elidere, & ut Tryphoninus loquitur, deteriorem constituere debet, in

L. 46. de Pactis.

eamque ob causam Interpretes solidè monent & inculcant, quod per actus demum appellationi contrarios, destructivos, & incompatibiles ejusdem renunciatio inducatur;

Mevius *part. 7. decis. 93. n. 13.*

Ast verò commemorati actus appellationis potius conservativi & ad eam continuandam ac finiendam sunt directi, per quos nemo ab eâ recedere censetur, uti accuratè demonstrat, itaque decisum esse probat

Mynsing. *dict. loc. vers. secus tamen esset.*

5. So gestalten Dingen nach 4.) der Eingangs obmovirte Zweiffel-Grund anhero gar nicht gehörig/ indem solcher nicht allein in actibus appella-

pellationi repugnantibus & adversis, oder wann der Appellant sich dieses Hülff-Mittels tacitè vel expressè begeben zu haben überführet werden kan / Platz ergreiffet / wie wohl erinnern

Mevius *part. 1. decis. 99.*

Matth. de Afflictis *decis. Neapol. 78. n. 11.*

Hierzu 5.) kombt / daß als die Herrn Appellanten über die fer- 6.
ner weit im Jahr 1692. auch forters mehrere gegen sie unternommene Attentata & Turbationes bey gnädigster Herrschafft sich erklagt / und umb Beybehaltung ihrer hergebrachten Immunitäten und Freyheiten unterthänigste Instanz gethan / dieselbe auch dem Judici à quo dißfalls Commission übertragen / von diesem aber ein abermahliger widriger Bescheid im Jahr 1699. eröffnet worden / mehrermeldte Herren Appellanten auch darvon provociret / solcher höhern Instanz bißhero obgelegen / und wie sie die vormahlige Appellation hierdurch in salvo zu stellen / und selbiger beständig zu inhæriren / ernstlich gemeynet seyen / apertè zu erkennen gegeben / appellatione siquidem denuò interpositâ animus priori inhærendi enixè declaratur;

Thulemann. *cit. loc. vers. verum cum ex unâ parte &c.*

Nebst diesem 6.) die Rechts-Lehrer einen Gründlichen Unterscheid 7.
machen inter actus qui consistunt & sonant in facere, & qui in pati sonant, wie sie reden, teste

Mevio *part. 2. decis. 178. n. 3.*

so daß actus prioris nicht aber posterioris generis eine Renunciation herzustellen für capabel erachtet werden / ceu Ratione diversitatis additâ darthut

Mev. *dict. loc.*

Die Herren Appellanten aber bey denen vorgegangenen Attentatis gar nicht still gesessen / vielmehr aber ihre Dispatienz laudatis & identidem iteratis actibus offenbahr blicken lassen / solcher Gestalt nicht einmahl actus posterioris, will geschweigen / prioris generis zu bemercken / so ist es eine allerdings vergebliche Sache von einer Renunciation Meldung zu thun.

8. Nicht weniger 7.) bey denen Doctoribus eine ausgemachte Sache ist / quod etiam in casibus, in quibus renunciatio reapse processit, justis exceptionibus, vel per restitutionem in integrum aliave remedia legitima ea rescindi & cassari possit, per ea quæ decidendo notat

Mevius *part. 1. decis. 147. n. 6.*

Und denn in gegenwärtigem Fall nicht einmahl eine Renunciation vorgangen / gleichwohl aber denen Herrn Appellanten dasjenige / was pendente appellatione ihrer Seits vergangen / vorberührter massen gar nicht entgegen stehet / als wird ihnen prosecutio appellationis umb so mehr frey bleiben müssen.

9. Diesem allem auch 8.) und beschließlich einen mercklichen Beyschlag thut / daß gegen die Herrn Appellanten à Mandato pœnali & executivo der Anfang gemacht / und dadurch sie in ihrer langwürigen per tot secula fortgeführten unverrückt erhaltenen Possession beeinträchtiget worden / welchen Falls die zugleich hieraus entspringende auch unter der Appellation mit begrieffene Nullität fort- und auszuführen erlaubet ist / wann auch gleich der Appellation so doch allhier nicht geschehen / renunciiret worden wäre; cùm enim remedia appellationis & nullitatis sint diversa, deductio & prosecutio nullitatis semper salva manet, tametsi appellationi renunciatum fuerit, eleganter notante

Mevio *part. 1. decis. 154. n. 1.*

non attento, quod in libello gravaminum, solius appellationis mentio facta fuerit, nullitas siquidem cum appellatione simpliciter interpositâ censetur principaliter intentata, quando gravamina nullitates processus concernunt, ut itidem solidè monstrat

Mevius *dict. loc. n. 10.*

Als ist an deme / daß denen Herren S. als hätten sie der im Jahr 1680. interponirten und forters introducirten Appellation renunciiret / und bey dem Judice à quo sich wiederum eingelassen / keines Weges beygemessen werden könne.

Die

Die Zwente Frage

Forters zu entledigen / so will auch zu Behauptung der movirten Desertion einiger Grund anscheinen;

RATIO DUBITANDI.

UNd zwar dieser / quod appellans non autem prosequens appro- 10.
bet ea, à quibus appellare quidem intendit, non autem prosecutus est;

Cravetta *Consil. 103. princ.*
Stryck. *Cons. 27. n. 125.*

Cùm deserta dicatur omnis appellatio, quam appellans inter tempora præstituta non fuit prosecutus;

Faber. *in Codic. lib. 7. tit. 28. def. 20. n. 1.*

eò quòd tempus exercendæ & finiendæ appellationi annus, & impedimento interveniente biennium sit præstitutum;

auth. *ei qui appellat. & l. ult. §. 4. C. de tempor. appell.*
Mevius *part. 2. decis. 363.*
Carpzov. *part. 3. decis. 204. n. 12. & 13.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RATIONEM DUBITANDI.

WAnn man aber auf die hierbey wiederum vorkommende besonde- 12.
re Bewandtnus Achtung giebt / so wird zur Gnüge wahrzunehmen seyn / daß der gethane Einwurff diesesfalls gar nicht appliciret werden könne. Solches nun Grund-mäßig zu zeigen / so ist zu wissen / daß desertionem Appellationis entweder contumacia oder wenigstens

lata

lata culpa Appellantis zu verursachen pflege;

Carpzov. *de Proceß. tit. 18. art. 6. n. 108.*
Richter. *Consil. 48. n. 55. seqq. part. 1. Vol. 1.*

Derer Würckung auch anderer Gestalt nicht empfindlich falle / als wann von dem Appellato darüber Klage erhoben / und die Richterliche Erkänntnus verhänget worden seye / cùm sine accusatione partis & declaratione Judicis appellatio pro desertâ haudquaquam habeatur;

Carpzov. *dict. loc. n. 110. & part. 2. const. 20. def. 30. n. 4.*

12. So wenig aber der Herren S. ungeziemtes Zurückbleiben oder starckes Versehen à Procuratore Fisci jemals angeführet / accusiret / und darüber Sententia declaratoria gefället worden / so wenig hat auch dieses alles mit Bestand Rechtens geschehen können / in Betracht ermeldter Procurator bey der in Judicio appellatorio diesertwegen gehaltener Verhör der Herren S. gravamina mit solchem Nachtruck begleitet gefunden / daß er allerdings darbey acquiesciret / und deren immerhin genossene Zoll-Befreyung ferner zu impugniren unterlassen / *nul-*lius autem contumaciæ vel culpæ reus est appellans, qui in termino comparet, & gravamina sua in tantum urget, ut appellatus eorum pondus agnoscat, & ab ulteriori contradictione desistat, cùm nemini diligentia sua damno cedere;

L. ult. C. de alluv.

neque industria pœnas solvere debeat;

L. 12. C. de agric. & censit.

quin potius, cum hâc ratione facto appellati proprio causa fuerit prorelata, omnis culpa & mora in ipsum solummodò redundat, & justissimum excusandæ desertionis impedimentum inde appellanti acquiritur, ceu in terminis suggerit

Carpzov. *lib. 3. respons. 120. n. 9.*

13. Benebenst dem ist zwar 2.) ein gewisses Fatale prosequendæ appellationis, nimirum anni vel biennii in jure Romano fürgeschrieben /

ben / von welchen die in Ratione Dubitandi angezogene Textus & Authores handeln / in tota autem Germania nachgehends aus der Acht gelassen / und ein anders eingeführet worden ; Notorium est, fatalia prosequendarum appellationum hodie in judiciis per totam Germaniam non attendi, ac proinde per lapsum illorum instantias appellationum non perimi, etiamsi de labendis fatalibus nulla interponatur protestatio, verba sunt luculenta

Vultej. *Cons. Marpurg. 29. n. 113. vol. 3.*

Da auch 3.) allschon bey der vorigen Frage in Rat. Decid. 1. & 2. berühret worden / wie daß die Herren Appellanten dem Judici à quo remonstriret / es gehöre diese Sache ad Judicium superius, und müste dahero pendente Appellatione nichts innoviret / noch gegen ihre so langwürige / und bißhero immer erhaltene Possession etwas attendiret werden / so hätte ohnedem lapsus fatalium, wann gleich diese annoch im Schwang gewesen wären / an fernerer Prosecution keinen Aufhalt machen können / angesehen recepti juris ist / quod fatalia non currant ei, qui appellationis devolutionem allegat, & super Attentatis quæstionem movet, ceu consuluit 14.

Everhard. *Cons. 59. n. 4. & seq. lib. 1.*

Und weil 4.) eben hierdurch / daß nach den erstmaligen und per appellationem gesteckten Bescheid die Herren S. immer mehr und mehr sich zu beschwehren Ursach bekommen / und deren ohnedem erhebliche gravamina gehäuffet und fortgeführet worden / als ist ihnen der Weg ihre Appellation zu verfolgen im Gegentheil mehrers eröffnet als præcludiret worden / quando enim gravamina sunt successiva & iterata, tum non currunt fatalia, sed prosecutioni appellationis semper locus relinquitur, adeò ut ab ultimo seu renovato decreto fieri possit appellatio, etsi à primo, quòd tamen hîc factum, non fuerit appellatum, ceu notabilem hanc observationem tradunt 15.

Guido Papa *Cons. 89. n. 10.*
Mevius *part. 8. decis. 472.*

16. Ja die Einführung und bißherige Verfolgung der letzteren Appellation gibt 5.) ein gewisses und unverwerfliches Beyspiel / daß die Herren S. ihre vormalige Appellation keines Weges zu deseriren gemeynet gewesen / obgleich dieselbe ihre völlige und abhelffliche Maase keines Weges erreichet / licet enim appellans priorem appellationem non fuerit prosecutus, tamen non videtur eam deseruisse, si posteriorem ritè introduxit & hactenus sollicitè prosecutus est, uti solidè & doctè more suo ingeminat

Faber. *in Cod. lib. 7. tit. 27. def. 1.*

17. Welchem allem 6.) und Letztens das commune Brocardicum beyzufügen / quod appellationem desertam haud esse in dubio pronunciandum,

Honded. *Cons. 24. n. 28. vol. 1.*
Klock. *Cons. 88. n. 27. & 28. tom. 3.*
Ludov. *decis. Perusin. 96. n. 20. & 23.*

& quidem ob imminens restitutionis beneficium,

Carpzov. *lib. 3. Respons. 20. n. 16.*

præcipuè quando constat aut adest fumus de bono jure in causâ principali, uti pertinenter loquitur

Lancellot. *dict. tract. part. 2. cap. 12. ampliat. 1. num. 30. in fin.*

Folget nun Letzlich

Die Dritte Frage:

Deren Erörterung darauf beruhet / auf was Art und Weise an Seiten des Judicis à quo bey dieser Sache verfahren / und endlich zu Ertheilung des mandati pœnalis geschritten worden.

RA-

RATIO DUBITANDI EJUSQVE RESOLUTIO.

OB dann wohl ausfündigen Rechtens / quod pro Judice ejusque 18.
processu semper præsumptio capiatur;

L. 1. C. de præd. & al. reb. minor. cap. 6. X. de renunc.

authoritate quippe & sacramento ejus omnem sinistram suspicionem averruncante,

cap. 16. §. ult. de sent. & re judic.

quantumvis sententia ipsius per appellationem fuerit suspensa, uti post Innocentium, Decium, Castrensem, Baldum & alios refert

Surdus *tract. de Aliment. tit. 1. quæst. 120. n. 11.*

So will doch solches keinen Verfang thun / quando producuntur 19.
acta, ex quibus apparet de injustitia sententiæ;

Cardinal. Tusch. *lit. P. concl. 621. n. 94.*

Cùm notoriæ dicantur nullitates, quæ ex ipsis actis apparent;

Alexand. *Cons. 59. n. 18. lib. 4.*

Petrus de Benintendis *Decis. Bononiens. 49. n. 14.*

& propterea in dubium vocari non possunt,

Vultej. *Cons. Marp. 22. n. 86. vol. 3.*

adeò ut etiam post 30. annos opponi valeant,

Cacheran. *Cons. 13. n. 12.*

cumprimis cùm tales hoc loco deprehendantur, quæ tum ipsa causæ merita, tum etiam substantialia processus concernunt, & eapropter nullitatum insanabilium numerum plus quàm manifestè adimplent, juxta

Recess. Imp. *de Anno 1654. §. 122.*

RATIONES DECIDENDI.

20. Daß aber dergleichen Nullitates allhier vorkommen/ machen die ex verâ juris analogiâ hergeholte und diesem modo procedendi applicirte Momenta allerdings beglaubt und unzweiffelhafft; dann ob gleich 1.) die Herren S. dero Zeit ihre von vielen Seculis her genossene Zoll-Befreyung gegen die damahlige Turbation angezogen / so ist doch solches gar nicht attendiret / weniger ob sichs in der That also verhalte / examiniret / am allerwenigsten aber / was zu Behauptung einer rechtmäßigen Possession und Abwendung der dagegen ausgeübten Turbation denen Rechten nach diensam und anreichig / vorgenommen und mitgetheilet / sondern vielmehr prætermissâ causæ cognitione & disceptatione ein Mandatum pœnale gegen sie erkannt/ und mittelst dieses ihrer hergebrachten Zoll-Befreyung sehr nachgetretten worden. Tum enim causæ cognitio omissa censetur, quando negotii nec veritas nec justitia examinatur, & nihil eorum, quæ tum ad intentionem actoris tum ad defensionem rei afferuntur, tangitur & perspicitur;

L. 9. ubi Dd. C. de judic.

adeò ut quamvis judex dixerit se eam interposuisse, tamen non præsumatur, sed exactè probari debeat, ceu notanter tradit

Wesenb. *Cons. 166. n. 19. part. 4.*

21. Nun ist aber ohnstreitig/ daß da sich dergleichen Cognition in Actis nicht zeiget / das erlassene Mandatum nimmermehr salviret werden könne / cùm sententia sine causæ cognitione lata sit ipso jure nulla;

L. 7. C. de sentent. & interloc.
L. 5. C. commin. vel epistol.

& mandatum eodem modo datum vim rei judicatæ non habeat;

Mevius *part. 7. decis. 292. n. 1.*
Curtius Junior *Cons. 124. n. 14.*

imò

imò ne sententia quidem decretum vel mandatum dici meretur;

Wesenb. *Conf. 132. n. 10.*

cùm major nullitas haud committatur, quàm quæ nascitur ex causæ cognitione prætermissâ;

Carpzov. *part. 2. decis. 83. n. 10.*

non enim ad Judicii tantummodò solennitatem, verum etiam naturalis justitiæ conservationem requiritur, eâque de causâ à Canonistis ceu præscriptum Juris divini reputatur,

Abbas *in cap. 1. X. de caus. poss. & propr.*

Felinus *in cap. Ecclesia. vers. secundò nota. X. de constitut.*

nemine quippe de eo judicare valente, de quo non antea cognitionem instituit,

Carpzov. *Jurispr. Eccles. lib. 2. def. 302. n. 8.*

Unde si defectus hic processus substantialis deprehenditur, is tanti est momenti, ut sententia per Judicem appellationis reformari non possit, sed duntaxat nulla pronunciari debeat;

Fichard. *Cons. 58. n. 12. tom. 1.*

Neque hæc saltem pertinent ad sententiam taliter latam in genere, verum etiam ad eam, quæ circa possessionem pronunciata, cùm etiam sine causæ cognitione nemini possessio auferri debeat;

L. ult. C. de rei vindic.

cap. 7. ubi Panormitan. X. de restit. spoliat.

Sixtin. *Consil. Marpurg. 9. n. 115. vol. 1.*

Brunnemann. *Cons. 157. n. 7.*

sive versemur in petitorio, sive in possessorio, ut ampliat, & plura hanc in rem cumulat

Wesenb. *Cons. 9. n. 32. part. 1.*

Ubi singulariter notandum non sufficere pro causæ cognitione, citari possessorem & causam possessionis ab illo exigi, sed necesse sit, cur desistere vel dejici debeat proponi, super eo audiri, defensio-

fensiones ejus admitti & ordinatè procedi, ceu accommodatissimè monet & decidit

Mevius *part. 8. decis. 386. n. 4.*

quæ verò requisita hîc non esse adhibita evidentia actorum satis comprobat;

22. Aus dieser Nullität ist auch 2.) eine andere entstanden / daß der Judex à quo zu erwähntem Mandato pœnali geeilet / und dardurch Behinderung gethan / daß die Herren S. ihren angegebenen langwürigen Besitz zu erweisen / keine Zeit und Gelegenheit übrig behalten / ut enim probatio semper sit in salvo, Judex curam habere debet;

cap. 5. X. ut lit. non contest.

eâque de causa necessitatem probandi injungere non verò citò ad sententiam sine eâ properare convenit, ceu benè monet

Mevius *part. 2. decis. 97. n. 3.*

cum omnia à Judice, quæ coram se acta sunt, diligenter consideranda, ex his omnibus animus informandus, & secundum ea sententia sit ferenda;

cap. 14. X. de sentent. & re judic.
Cravetta *Consil. 207. n. 9.*

Unde sententiam sine probatione latam oppidò nullam pronunciat,

Mevius *part. 1. decis. 119. n. 7.*

cum partem Judicii substantialem punctum probationis constituere multis sit persuasum, ceu videre est apud

Vantium *tract. de Nullitat. Rubric. ex defect. process. n. 37. & seqq.*

ne enim ex ejus defectu veritas occultetur, & gravissima parti injuria inferatur, publica utilitas expostulat,

Mevius *part. 1. decis. 51. n. 13. & part. 3. decis. 208. n. 6.*

Hier-

Hierbey bleibt es aber nicht / sondern man muß 3.) ob dem so 23
schleunig verhängten Pœnal-Verbott auch dieses vernehmen / daß bey dem vielfältigen hundert-jährigen Zeit-Verlauff kein behöriges Ansehen gehabt / und der jenige Nachdruck / welchen die Rechte selbigem beylegen / in genugsame Obacht genommen worden seye / Gestalt derselbe nicht allein auf eine blose Possession ankombt / sondern auch mit einer solchen Authorität vinculiret ist / als das jenige / was unverbrüchlich und als eine stätige Richtschnur zu halten fürgeschrieben / oder auch als eine besonders gegönnete Freyheit mitgetheilet worden / præterquam enim quod possessio semper præsumatur esse justa & jure occupata;

Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præs. 69.*
Corneus *Cons. 185. in fin. vol. 1.*

nec non orta ex titulo præambulo;

L. 76. de R. V.

Cùm initium possessionis à primâ causâ inspici debeat, & ex causis originalibus reguletur effectus;

L. 6. pr. de acq. vel amitt. possess.
Zasius *Cons. 14. n. 48. lib. 1.*

Ita ut non alieno, sed suo quisque jure possidere censeatur;

Mascard. *de Probat. concl. 1179. n. 1.*
Menoch. *lib. 6. præsumpt. 68.*

eâque de causâ possessionem habere magni sit præjudicii;

§. 3. Inst. de Interdict.

cumprimis cùm possessoris partes semper sint potiores, & in dubio pro eo sit pronunciandum, cum ex possessione dominium præsumi soleat, ceu multis probat & ampliat

Sixtin. *Cons. Marp. Cons. 8. n. 90. & 91. vol. 3.*

Sanè temporis antiquissimi & immemorialis maximus est effectus dum vim privilegii pacti & tituli specialis habet;

Parisius *Cons. 27. n. 33. vol. 1.*

Cravett.

Cravetta *Conf. 592. n. 102.*
Menoch. *lib. 3. præf. 131. n. 45.*

publico ac folenni Inftrumento æquiparatur;

Matth. de Afflict. *decif. 239. in fin.*

Omnis actionis eft exclufivum & peremptorium;

L. 3. C. de præfcr. 30. vel 40. annor. cap. 26. verf. præterea. X. de Privileg.

jurisque refiftentiam tollit & præcidit;

Cacheran. *Conf. 34. n. 45.*
Bertrand. *Conf. 314. part. 1. vol. 2.*

Quæ omnia uno quafi confpectu repræfentarunt Ulpianus & Paulus, dum legalis fuffragii Schemata hifce verbis reliquerunt: Vetuftatem vicem legis tenere, & pro Lege haberi

in L. 1. §. ult. & L. 2. princ. de aq. & aq. pluv. accend. action.

Unde alia enata brocardica, non minus notatu digna, quod tanta vetuftas idem poffit & valeat, quantum Imperator cum *causâ*, ut Andream de Iferniâ dixiffe refert;

Sixtin. *Conf. Marp. 11. n. 32. vol. 3.*

quodque nulla potentior & melior extet interpretatio quàm quæ vetuftatis munita eft præfidio;

Feltmann. *ad L. 37. de legib.*

Ufum porifmatum horum notabilem, & propofito huic convenientiffimum monftrat

Garratus *Confil. 38. n. 7. & feqq.*

dum ita fcribit: Nobiles ifti nunquam folverunt aliqua onera refpectu rerum fuarum, ergò perinde eft, ac fi haberent privilegium immunitatis à Principe, cùm tempus, cujus initii memoria non exiftit, parificetur Privilegio Principis, & propterea funt immunes & exempti ab expenfis & oneribus refpectu rerum fuarum;

Da

Da nun offenbahr bekandt / quod ea, quæ contra Leges fiunt, sint ipso jure nulla, omnique effectu destituantur;

L. 5. C. de LL.
L. 19. de Appellat.

so ist kein Zweiffel / daß auch hieraus eine abermahlige Handgreiffliche Nullität entstanden seye / da contra tot seculorum decursum & vetustatis Privilegium pronunciiret / mithin eine daher erwachsene rechtmäßige und untadelhaffte Possession angefochten worden;

arg. *L. 32. de LL.*
Parisius *Cons. 13. n. 18. lib. 1.*
Stephan. Gratian. *discept. forens. cap. 801. n. 11. & 12.*

Woran 4.) destoweniger zu zweifflen / da auch die Herren S. 24. sich dazumal auf ihr uraltes / von weyland Käyser Ludwig erhaltenes und einem von denen Anfahren dieses Preißwürdigen Geschlechts ob singularia benè merita ertheiltes Privilegium sich bezogen / gleichwol aber eine widrige / und diesem Käyserlichen Privilegio entgegen lauffende Pœnal-Bescheid / gegen sich ergehen lassen müssen. So sehr nun auf unbeweglichen Fuß stehet / quòd privilegium speciem Legis constituat;

L. 16. de LL.
Surdus *Consil. 419. n. 21.*
Menoch. *Cons. 229. n. 24. vol. 3.*

Imò illud, quòd ob benè merita collatum, instar compensationis & permutationis habeatur,

L. 25. §. 11. de hered. petit.

nullique revocationi subjaceat;

Pruckmann. *Cons. 39. n. 51.*
Tapia *Comment. ad L. 3. de Constit. Princip. part. 2. cap. 9. n. 6. & seqq.*

so sehr wird auch einem jedweden einleuchten / wie gar nulliter verfahren worden seye / daß ein Verbott dagegen anzulegen Judex à quo sich

unternommen; Sanè enim privilegia per superiores concessa per inferiores infringi haud debere, Canonum sanctione edocemur, in

can. 8. caus. 9. quæst. 8.
can. 35. caus. 12. quæst. 2.
can. 17. caus. 25. quæst. 2.

25. Gleicher Gestalt seynd 5.) dem Judici à quo die zwischen denen Herren L. zu H. und denen sämtlichen Herren S. nach und nach errichtete Verträge / auch daß Krafft deren diesen ihre hergebrachte und von alten Zeiten her in unverruckter Observanz erhaltene Recht und Gerechtigkeiten Sorgfältig beybehalten und kräfftig stabiliret worden/ mehr als überflüßig bekandt / und da er dannoch durch seinen Pœnal-Bescheid diesen einen so starcken Abbruch zu thun sich in Sinn gezogen/ wer mercket hierbey nicht abermahl eine intolerable und allzugrosse Nullität? Maxima sanè & insanabilis nullitas est juri per Pacta & Transactiones, cumprimis cum superioribus initas, firmato & quæsito contrariam sententiam ferre, ejusque vigori, observantiæ & effectui hoc ipso detrahere;

§. ult. Inst. de his qui sui vel alieni jur. sunt.
Vantius *tract. de Nullit. rubric. quis possit dicere. de Nullit. n. 15. & 103.*

cùm vel ipsa prima juris præcepta in tuendis iis, quæ omni curâ ac providentiâ sunt erecta, comprobata & stabilita, exactam sollicitudinem ponant; horumque observantiam omnibus cumprimis verò Judicibus inculcent;

§. 3. Inst. de Just. & Jure.
L. 10. §. 1. eod.

Eaque nullitas tantò major efficitur, quò transactiones hæ cum Principibus initæ, cùm exploratum sit, contractus Principum pro lege reputari,

L. pen. C. de donat. int. vir. & uxor.
Gail. *2. observ. 127. n. 8.*

cum-

cumprimis quò omnia deliberatè, & prout convenit, nec nisi ex justitiâ facere præsumuntur;

Cravetta *Consl. 168. n. 9.*
Sixtin. *Consl. Marp. 14. n. 51. vol. 2.*
Mascard. *de Probat. concl. 1227. n. 21.*

Indem ferner und zum 6.) à Judice à quo ordo juris nicht in acht genommen / das Possessorium allerdings præteriret / das Haupt-Werck selbsten angegriffen / und der bißherigen Zoll-Freyheit künfftig nicht zu geniesen / mandatum pœnale erkandt / und dergestalt ab executione der Anfang gemacht worden / so zeiget sich wiederum palpabiliter nullitas insanabilis, ordo siquidem in judiciis haud negligi & confundi, quin potius accuratè observari debet; 26.

cap. 19. X. de sentent. & re judic.

Causa quippe possessionis cum lite proprietatis nil commune habente,

L. 12. §. 1. de acq. vel amitt. possess.

adeò ut illa prius stabiliri & examinari, ac tum demum ad hanc deveniri debeat;

L. 3. eod.
L. 9. C. de Interdict.

Præprimis verò manifestum est, prætermisso ordine judiciario, si fiat executio, processum ipso jure nullum esse;

L. 1. C. de Execut. rei judic.

cum judiciorum more & ordine solito experiri oporteat, aliàs enim nullitas manifesta inducitur,

Mevius *part. 1. decis. 66. n. 1.*

Unde ejusmodi executionem revocari debere, non obscurè innuit Ulpianus in

L. 58. de re judic.
add. Baldus *in L. si pacto. C. de Pact.*

Et nominatim ac in specie, quando ratione onerum quorundam absque causæ cognitione facta est executio, tum statim inprimis & ante omnia eam restituendam esse firmat

Plotus *in not. ad dictum Consil. Garat. 38. n. 13.*

27. Wie hat auch 7.) und zum Beschluß die Execution auf eine gewisse Straff ausgestellet werden können / da die S. Familie so viele Secula hierdurch die Zoll-Befreyung genossen / solche auf ihre Nachkommen continuâ serie fortgeführet / ohne jemands Widerrede Eintrag und Ansprach gebrauchet / nicht weniger dieselbige mit Kayserl. und Fürstlichen Immunitäten verwahret und begleitet ist? Sane cum pœna sine fraude esse non possit, cessante dolo de pœnâ tractari inconveniens est;

Bartol. *in L. 1. §. non autem. si quis testam. lib. esse juss.*
Alexand. *Consil. 177. vers. & pro hoc pater. lib. 5.*
Consil. Argent. 41. n. 15. part. 1.

Cessare autem dolum, sole clarius apparet, quia Domini Appellantes versantur in bonâ fide,

Menoch. *de Præs. lib. 3. præs. 130. n. 11.*
Brunnemann. *Cons. 131. n. 286. & seq.*

multitudinem seculorum pro se habent,

Cap. 26. §. præterea. X. de V. S.
Mynsing. *Consil. 48. n. 12.*

immunitatem eorum continua observantia declarat & comprobat;

Natta *Cons. 406. n. 28.*
Sylvanus *Consil. 66. n. 20.*

eam semper publicè & nemine contradicente exercuerunt,

L. ult. de rit. nupt.
L. 7. C. de testament.

jus à majoribus acquisitum, sollicitè conservare intendunt;

L. 25. de LL.
Wesenb. *Cons. 1. n. 30. part. 1.*

&

& Privilegio Cæsareo nec non Pactis & Transactionibus cum Serenissimâ Domo H. initis, ceu jurium ipsorum confirmatoriis, nitantur;

L. ult. C. vectigal. nova &c.
L. 7. §. 7. de Pact.
L. 5. L. 39. C. de Transact.
L. 2. C. de condict. indeb.

Ut jam protriti porismatis mentionem prætereamus, dolum nunquam præsumi, ab eoque causam quamlibet etiam temerariam ac bestialem excusare;

L. 51. pro socio.
Tabor. Barbos. *locuplet. lib. 4. c. 44. axiom. 3. & 4.*

Aus welchem allen sich von selbsten offenbar ergiebet / daß der à Judice à quo im Jahr 1699. ertheilte abermalige Bescheid keines Weges confirmatoria genennet werden könne / cùm id, quod nullum est, confirmari nequeat;

Cap. 6. X. de concess. præb.
L. 24. rem rat. hab.

Confirmatio enim nil quicquam operatur circa illud, quod ab initio est inutile,

Dynus *in cap. non firmatur. de R. J. in 6to.*

eò quòd confirmatio sit accessorium confirmati, quo irritato & illud nullum intelligi constat;

L. 178. de R. J.
Vultej. *Cons. Marp. 16. n. 32. vol. 1.*

Vielmehr ist es an deme / daß auch diese vermeynte Conformatoria auf eben die jenige Nullitäten / so den vorigen vernichten / verfalle / und mit selbigem als null und nichtig declariret werden müsse / bevorab da auch ad pœnam dupli dardurch nullo Jure verfahren worden.

Und daß diese so eintringliche / offenbahre und unheilbare Nullitäten das Hochfürstliche Hochlöbliche Judicium Appellatorium all-

bereits wahrgenommen / und vor verwerfflich gehalten / erhellet dahero unwidersprechlich / weil allschon den 16.ten Jan. Jahrs 1701. dem Procuratore Fisci, die Haupt-Sache mit vorzubringen auferleget / zumahl da auch die Succumbenz-Gelder von denen Herren Appellanten forters erleget und richtig gemacht worden. Ja was noch mehr und sonderlich bemerckſam ist / da nachdem von Ihrer Hochfürstl. Durchl. denen Herren Appellanten ertheilten Restitutions-Rescript sub lit. C. dem Procuratore Fisci zu M. zu communiciren / und in der Haupt-Sache / wozu auch Terminus angesetzet worden / sich ferner einzulassen / wie ob deme den 23.ten Augusti dieses Jahrs publicirten Ober-Appellations-Bescheid literaliter sich ergiebet. Eo ipso enim quo Judex appellationis ad ulteriora progreditur, & appellato intromissionem in causam principalem per decretum injungit, exceptiones desertæ appellationis & factæ renunciationis rejecisse censetur

Ruin. *Consil. 61. n. 36. vol. 5.*

Aretin. *Consil. 107. n. 2.*

eaque de causa iis amplius appellato uti non licet.

Pruckmann. *Cons. 42. n. 10. vol. 1.*

CONSILIUM ſeu RESPONSUM XVII.

An desertâ Appellatione executio Sententiæ fieri possit, tametsi in integrum restitutio petita & in sententiâ reservata fuerit?

Ob bey versäumter Appellation die Execution des Urtheils zu vollziehen/obschon der appellirende Theil dargegen Restitution gesucht/ solche auch in dem Urtheil vorbehalten worden?

SUMMARIA.

1. *Petitâ restitutione in integrum sufflaminatur executio, tametsi hæc altiorem indaginem exposcat, quod ampliatur.*
2. *Quando propterea restitutio postulata, quòd non facta sit probatio, tùm eâ pendente executio haudquaquam impediri solet.*
3. *Impedimentum alleganti onus probandi incumbit.*
4. *Frustra impeditus dicitur, qui de facili impedimentum removere potuit.*
5. *Et impedimentum duntaxat indeclinabile attenditur, ac quodnam tale sit?*
6. *Deficiente læsione cursus executionis haudquaquam sisti potest.*
7. *Calumniosa petitio restitutionis in integrum ad effectum suspensivum minimè conducit.*
8. *Contra rem judicatam restitutio locum non invenit.*
9. *Utrum restitutio contra sententiam an verò executionem petatur, distinguitur.*
10. *Villis & pagis quatenus restitutio concedatur?*
11. *Quænam cautio à petente restitutionem in integrum præstari debeat?*
12. *Cautio quatenus res fragilis dicatur? hancque ab appellato contra restitutionem ab appellante calumniosè petitam cur Judex etiam hoc non audito admittere possit?*

QVÆ-

QVAESTIO.

An desertâ appellatione executio sententiæ fieri possit, tametsi in integrum restitutio petita, & in sententiâ reservata fuerit?

RESPONSUM.

1. Ob es wohl an deme / quod petita restitutione in integrum suffla-minetur executio,

L. unic. C. in integr. restit. postul. &c.

tametsi hæc ulteriorem indaginem exposcat;

Richter. *ad L. 32. C. de transact. n. 42.*

cumprimis quando à Judice in sententiâ expresse reservata;

Lancellot. *tr. de Attent. p. 2. c. 18. n. 22.*

reservatione quippe jus reservatum in tuto collocante;

cap. 43. in fin. de Elect. in 6to.

Eò magis, quò Advocati absentia, quæ insinuationi ritè haud peractæ ansam præbuerit, allegetur, in legibus verò pro justâ restitutionis causâ reputetur;

Sfortia Oddus *tr. de Restit. in integr. part. 1. quæst. 8. n. 28. & seqq.*

2. Alldieweil jedoch 1.) ob dem d. 22.ten Mart. dieses Jahrs beym Hochfürstl. Ober-Appellations-Gericht zu C. ergangenem Bescheid sich klar ergiebet / daß der Appellantische Theil die ihme Krafft eines den 30.ten Sept. nächst vorigen Jahrs zu erweisen auferlegte Insinuation nicht bescheinen können / und deswegen zum Remedio Restitutionis seine Zuflucht zu nehmen sich in Sinn ziehen wollen / worzu aber bey sothanen Umbstand zu gelangen nicht thunlich / quando enim propterea restitutio postulata, quòd non facta sit probatio tum ea pendente executio haudquaquam impediri solet,

Lancellot. *dict. loc. n. 134.*

Das

Das angezogene Impedimentum auch 2.) der Gebühr dargethan 3.
zu seyn keine Nachricht zu befinden / impedimentum siquidem alleganti onus probandi incumbere in confesso est,

L. 19. §. 1. de probat.
Baldus *in L. 2. C. ex quib. caus. major.*

Nebst deme 3.) dasselbe so beschaffen / daß man durch zeitige / 4.
und Ordnungs-mäßige Veranstaltung der Insinuation, und ehe der Anwald seine Reyse angetretten / selbiges verhindern und aus dem Weg raumen können / frustra autem impeditus dicitur qui de facili impedimentum removere potuit;

L. 174. de R. J.
Abbas *in cap. ult. X. de Elect.*

potuisse enim impedimentum tollere, & quem non fuisse impeditum, paria existimantur,

Pacian. *de Probat. lib. 2. cap. 47. n. 10.*
Parisius *Consil. 44. n. 2. vol. 1.*

Mehrers 4.) anerwogen / quòd impedimentum duntaxat inde- 5.
clinabile, sive tale, quod non sciverit fieri, quod fieri debuit, attendatur, ceu pertinenter & eruditè loquitur

Mevius *part. 8. decis. 288. vers. Deinde.*

Bey sothaner Bewandtnus 5.) zumahl keine Læsio, tanquam 6.
justa impetrandi restitutionem causa, gezeiget und vorgeschirmet werden kan / sine quâ tamen cursus executionis haudquaquam sisti potest & debet;

Cacheran. *decis. Pedemont. 157. n. 8.*

Mithin 6.) die Appellanten à calumniosa remedii hujus peti- 7.
tione sich keines Weges los würcken können / hanc autem ad effectum suspensivum minimè conducere explorati juris est,

Covarruv. *pract. quæst. cap. 25. n. 7.*
Mynſ. *cent. 1. Obs. 84.*

8. Allermeist da auch 7.) ob denen den 14.ten Maji dieses Jahrs erlassenen Remissorialien erhellet / es seye der in dieser Sachen vormals ergangene Bescheid in rem judicatam erwachsen / tanto major autem calumniæ præsumptio contra eum, qui petit restitutionem, militat, quando res judicata adest, utpote contra quam restitutio locum prorsus non invenit,

Faber. *C. lib. 1. tit. 3. def. 1.*
Lancellot. *add. loc. n. 69. & 70.*

9. Dannenhero da 8.) auf sothanes Judicatum die Execution laut berührter Remissorialien erkannt / umb so weniger mit der gebettenen Restitution fortzukommen stehet / cum multum intersit, utrum restitutio contra sententiam, an verò executionem petatur, ita ut posteriori casu illâ non attentâ, sine vitio attendati executio perficiatur, doctè cum Lancelloto decidente

Mevio *part. 7. decis. 57. n. 1.*

10. Eben wenig auch 9.) und Letztens die Appellanten mit denen Juribus minorum sich zu behelffen vermögen / Gestalten anjetzo *nicht zu* gedencken / daß dergleichen villis & pagis Restitutio anderer Gestalt nicht angedeyhen könne / quàm si adsint pupilli vel minores, qui capita suæ familiæ extent, & quilibet eorum pro suo interesse interveniat, ceu tradit

Oddus *dict. tract. p. 1. q. 3. art. 11. n. 71. fin.*

so ist dißfalls ein grosser Unterscheid zu halten / utrum restitutionem petant propter impedimentum aliquod, an vero eam ob causam, quòd ex contractu læsi fuerint; Illo casu tanquam majores, hoc verò demum ceu minores restituuntur;

Lauterbach. *ad Pandect. tit. de minor. §. 38.*

Da nun das an Seiten der Appellanten angeführte Impedimentum so gethan / daß solches nulli ex majoribus zu gut kommen kan / wie n. 2. & seqq. gezeiget worden / auch mehrers bekräfftiget

Mevius *part. 7. decis. 57. n. 5.*

So

So wird auch solches der Appellantischen Gemeinde zu Erreichung ihres Intents keinen Vorschub thun können.

Als ist diesem allem nach kein Zweiffel / daß die allbereits erkandte 11.
und zu vollstrecken demandirte Execution ihren ungehinderten Lauff habe und behalten müsse / bevorab da Pars appellata zu der in hoc passu üblichen und in Rechten gegründeten Caution sich anerbietig gemacht / nicht weniger auch Innhalts = berührter Remissorialien darzu verstattet worden /

cap. 6. X. de in integr. restit.

woran die dagegen appellantischer Seits obmovirte dubia keine Hinde= 12.
rung thun / indeme cautio res fragilis allein respectu personarum fidejubentium, quæ tantum securitatem, ut pignora, non præstent, geachtet wird in

L. 25. de R. J.

quod verò eadem nonnisi parte alterâ auditâ recipi debeat, respicit casum prorsus alienum, nempe cautionis ab actore de refundendis expensis nec non reconventione præstandæ, super quâ reus evitandi periculi causâ meritò audiri debet: ut apparet ex adducto Mevio.

Ast verò hoc loco agitur de cautione ab Appellato contra restitutionem ab Appellante calumniosè petitam oblatâ, quam Judex, etiam hoc non audito, eâ de causâ admittere potest, quia sufficit, rem controversam ab Appellato possideri, ex eâque parti appellanti eventualiter satisfieri posse;

L. 15. §. pen. qui satisd. cogantur.

quâ de causâ prætextus etiam periculi & durioris conditionis alioquin evenientis prorsus est vanus, ne minimum siquidem incommodum ex certa possessione pertimescendum,

dict. L. 15. princ.

denique aliud est appellatione ritè interpositâ nihil innovandum, aliud verò ea desertâ & restitutione per calumniam petitâ executionem præviâ cautione decernendam esse, illud, si fiat, inducit

vitium attentati, haudquaquam verò hoc utpote aperto jure radicatum, & triturâ forensi ubivis comprobatum,

dict. cap. 6. de in integr. restit.
Finckelthaus. *Obs. 160. n. 4. & seqq.*

quò & pertinet theorica, non esse indulgendam restitutionem, quoties apparet de meliori jure ejus, contra quem petitur;

cap. 5. X. de caus. propr. & possess.
Brunnemann. *Cons. 10. n. 128.*

CONSILIUM seu RESPONSUM *XVIII.*

De connexitate causarum nec non nullitate ex defectu jurisdictionis proveniente.

An ad Judicem, qui super nullitate cognoscit causa etiam principalis devolvatur?

Utrum desertâ Appellatione etiam nullitas deserta censeatur, & Appellationis atque nullitatis remedia cumulari possint?

Von der connexitate causarum und wegen ermangelter Bottmäßigkeit entstehender Nullität.

Ob dem jenigen Richter / so die Nullität untersucht / auch die Hauptsach zuerörtern zukomme?

Ob / wann die Appellation desert, hierdurch auch die Nullitäts-Klag desert worden/auch jene mit dieser zugleich vorstellig gemacht werden könne?

SUMMARIA.

1. *Desertâ appellatione etiam nullitas deserta censetur.*
2. *Connexa quænam dicantur? Illorum idem est judicium, cumprimis quando connexitas non remota sed proxima concurrit.*
3. *Nullitas ex defectu jurisdictionis*

nis oriens prorsus insanabilis est, & ad annos usq; triginta deduci potest.

4. *Diversitas fori diversitatem quoque rerum inducit, & diversa ratio connexorum efficaciam tollit.*

5. *Quando Judex competens haud est, officium ejus quiescit.*

6. *Idq; Ordinatione Judicii Aulici Hassiaci firmatur.*

7. *Et ampliatur, quando Judex inferior neq; ratione personæ neque causæ competens esse, nec ejus jurisdictio prorogari potest.*

8. *In tantum ut tali casu ejus sententia licet appellatione haud interpositâ pro nullâ habeatur.*

9. *Et quamvis appellatio interposita deseratur, sententia tamen ipso jure nulla haudquaquam in rem judicatam transeat.*

10. *Nec ullam executionem mereatur.*

11. *Quod ex citata Ordinatione porro illustratur.*

12. *Nullitas demum notoria, vel quæ in continenti probari potest, executionem sufflaminat, fallit tamen, quando ex vitio competentiæ resultat, quod tum authoritatibus tum rationibus firmatur.*

13. *Judex superior nullitatem ex officio attendere debet, tametsi appellans remedium nullitatis haud attendaverit.*

14. *Ad Judicem, qui super nullitate cognoscit, quando causa etiam principalis devolvatur?*

15. *Desertâ appellatione nullitas quoq; deserta censetur, quando hæc accessoriè non verò principaliter intentatur.*

16. *Appellationis & nullitatis remedia quando cumulari possint?*

17. *Nullitatis causam præbens nullum inde fructum percipere potest, diversum tamen obtinet in nullitate, quæ ex defectu jurisdictionis oritur.*

RESPONSUM.

Was hat Gustavus wegen einiger Wiesen 1.) in Judicio inferiori Klage erhoben / dieselbe 2.) biß zu erfolgter Sentenz verfolget / und da selbige endlich ertheilet worden / davon 3.) 1.

an das Hochfürstl. Sambt-Hof-Gericht zu N. N. appelliret / gleichwohl aber 4.) das Fatale introducendæ dabey nicht in acht genommen / und dergestalt die Appellation desert werden lassen / nebst deme die sub num. 20. Actorum anliegende summarische Klage 5.) nicht behöriger massen / sondern nur per modum simplicis querelæ eingerichtet / auch wann gleich 6.) eine Nullität Ratione incompetentiæ pro parte vorgangen seyn sollte / dannoch darauf so Gestalten Dingen nach nicht zu reflectiren / indeme Rechtens / quod desertâ appellatione etiam nullitas deserta censeatur,

Mevius *part. 4. decis. 389.*

2. Uber das 7.) und Letztens die in Anspruch genommene Wiesen sehr nah aneinander gelegen / und als eigenthümbliche in ein Gut gehörige Stücke prætendiret worden / solchemnach was der Richter voriger Instanz hierbey gesprochen / ex capite connexitatis zu salviren / cum connexa dicantur, quæ ex eâdem causâ, iisdemque fundamentis in sententiam deducuntur,

Cardinal. Tusch. *lit. C. concl. 626. n. 15.*

connexorum autem idem esse judicium constat;

L. 3. §. 1. de contrar. judic. tutel.

præprimis cum hîc connexitas non remota sed proxima occurat, quam summoperè attendendam esse monent Interpp.

Escobar. *tr. de Ratioc. cap. 13. n. 11.*
Scaccia *tr. de Appellat. quæst. 17. limit. 21. n. 26.*

Und es dahero sich ansehen lässet / als wann in Puncto desertæ Appellationis zu sprechen / und die Sentenz an vorigen Richter ad exequendum zu remittiren seye.

3. Alldieweil aber 1.) die an Seiten ermeldten Gustavi angegebener Nullität ex defectu Jurisdictionis entspringet / indem Judex à quo auch über die in dem Fürstenthumb N. N. gelegene Wiesen-Bescheid zu ertheilen / sich angemasset haben solle / talis autem nullitas reliquas omnes superat & prorsus insanabilis est,

Recess.

Recess. Imper. *de Ann. 1654. §. 122.*

adeò ut sententiam ipso jure nullam reddat;

L. 1. C. de pedan. judic.

nulloque tempore convalescere patiatur

Mevius *part. 1. decis. 100. n. 2.*

eo effectu, ut ad annos usque triginta agendo deduci & proponi possit;

Gail. *lib. 1. Obs. 127. n. 8.*

Auch dahero 2.) die vom vorigen Richter ausgesprochene Sentenz 4.
mit dem Scheine einiger Connexität keines Weges unterstützet und verwahret werden kan / cum causa originaria & situs loci haudquaquam attendantur, quando ex iis, quæ petuntur, unum huic, alterum alii jurisdictioni subjacet, & ita diversitas fori diversitatem quoque rerum inducit, diversa siquidem Ratio connexorum denominationem, vim & efficaciam oppidò tollit;

Stephan. Gratian. *discept. for. cap. 851.*
Scoppa *Observ. theor. pract. 23. n. 37.*

Solchem nach 3.) dem Richter voriger Instanz obgelegen / vorhe- 5.
ro wol zu ergründen / ob auch unter seiner Bottmäßigkeit die miteinander eingeklagte Wiesen gelegen / und er darüber zu erkennen und zu sprechen bemächtiget gewesen / in Betracht / quod quando Judex competens haud est, officium ejus prorsus quiescat, & ipse pro privato reputetur,

L. ult. de Jurisd.
Feltmann. *ibid. n. 13.*
Baldusin. *L. clarum. C. de auth. Præstand.*

Nicht weniger 4.) mehr besagter Gustavus in Judicium inferius 6.
nicht verfallen / noch auch die in beyden Fürstenthümern gelegene Wiesen daselbsten zusammen / sondern etweder diejenige allein / so dahin gehöret / oder beyde zugleich bey mentionirten Hof-Gericht in Anspruch nehmen.

nehmen sollen / und zwar nach Anleitung der Sambt-Hof-Gerichts-Ordnung

tit. 8. §. 1.

7. Und dieses 5.) umb so mehr / da Judex inferior weder Ratione Personæ noch auch Causæ competens seyn / und dahero dessen Jurisdictio nimmermehr prorogiret werden können / wie gründlich zeiget

Mevius *part. 6. decis. 77. n. 6.*

8. Dahero 6.) dessen Bescheid / auch ohne einige Appellation auf einer unwürcksamen Notorietät bestehet /

L. 1. C. quæ sentent. sine appell. rescind.
Cephal. *Consil. 263. n. 3. vol. 2.*

9. Ja da gleich 7.) darvon appelliret worden / dannoch solche aus Unnoth ergrieffene / und wiederumb desert gewordene Appellation, dem an und vor sich selbsten nichtigen Bescheid einige Krafft / und die Würckung rem judicatam zu ergreiffen / zumal nicht mittheilen können / ceu in terminis terminantibus consuluit

Brunnemann. *Consil. ult. n. 427.*

„ Quando enim, ait ille, Sententia est nulla, non est necesse ut „ appelletur, & licet interponatur Appellatio, postmodum au- „ tem deseratur, sententia aliâs nulla per desertionem minimè „ confirmatur, neque in rem judicatam transit textu notabili in

L. 19. de appell.

10. Bey so bewandten Dingen 8.) super desertione in hâc causâ nicht gesprochen / noch voriger Bescheid an Richter voriger Instanz so bloser Dings / und ehe der Punctus nullitatis völlig ausgemacht / ad exequendum remittiret werden kan / sententia quippe ipso jure nulla nullam meretur & post se trahit executionem,

L. 6. §. 1. de re judic.
Gail. *lib. 1. Obs. 113. n. 2.*

Uber

Uber das ist 9.) in der Hof-Gerichts-Ordnung *tit. 8. §. 1.* verse- 11.
hen / daß keine Appellation beym Hof-Gericht angenommen werden solle / es seye dann die Sache bey einer Regierung verhöret worden. Wann nun in Puncto desertæ Appellationis gesprochen / und dardurch ex capite Appellationis die Sache angenommen zu seyn nachgegeben und eingestanden würde / so würde wider ersagte Ordnung gehandelt / indeme die Sache bey keiner Regierung vorhero gehöret worden.

Ungehindert daß man 10.) vorschirmen wollte / es wäre die angege- 12.
bene Nullität noch nicht ausgemacht / und müste es dahero bis dahin bey dem Bescheid sein Verbleibens haben / cùm nullitas demum notoria, vel quæ in continenti probari potest, executionem sufflaminet,

Berlich. *part. 1. conclus. 61. n. 17. & 18.*

Gestalten dieses einen mercklichen Abfall hat / quando nullitas ex vitio incompetentiæ resultat, hæc enim licet sit illiquida, tamen executioni obicem ponit, ceu accommodatè & in terminis tradit

Scaccia *dict. tr. de appell. quæst. 19. remed. 1. conclus. 4. n. 70. ibi: Secundus casus est.*

Et idem porrò hoc verbis perspicuis & convenientibus repetit, dum inquit: „Amplia primò hanc limitationem, ut procedat, si exceptio istius nullitatis requiret altiorem indaginem, quia ni-„ hilominus impediret executionem „

dict. q. 19. remed. 1. concl. 5. n. 44.

rationem addit n. 43. quia exceptio nullitatis ex defectu jurisdictionis proveniens negat sententiam esse latam, hæc negatio autem licet sit in facto posita, tamen providè prius examinanda, antequam executio decernatur, cùm hæc frustranea sit, ubi sententiam latam esse negatur;

arg. *L. 1. & passim. C. de Exec. rei jud.*

Accedit, quod magnum sequeretur absurdum, si super desertione

 pronun-

pronunciaretur, & sententia lata ad exequendum remitteretur, hoc ipso enim authoritas, jurisdictio & potestas, quam Judex inferior in cognoscendo & pronunciando exercuit, approbaretur, & tamen si nullitas proposita deinceps deduceretur & probaretur, eam approbationem malè factam esse oppidò appareret, cùm sententia à tali Judice lata retractari & pro nulla declarari deberet; ab omni autem absurditate in omnibus dispositionibus & decisionibus semper est cavendum;

Cardin. Tusch. *lit. A. concl. 66. princ.*
Cacheran. *Cons. 12. n. 49.*

13. Diesem zu Folge wird 11.) in hoc Judicio Aulico sothane angegebene Nullität genau untersuchet / und gedachtem Gustavo solche ausfündig zu machen auferleget werden müssen / cùm Judex superior ex officio nullitatem attendere & examinare debeat, tametsi Appellans remedium nullitatis non intentaverit,

Mevius *part. 1. decis. 174. n. 10.*

14. Und dieweil 12.) diese Nullität nicht incidenter, sondern principaliter von deßwegen zu consideriren / alldieweil auf die ohne Noth ergriffene Appellation besagter massen gar nicht zu sehen / auch deren und der Nullität Objectum zumal nicht einerley ist / so wird auch dadurch causa principalis ihre Erörterung in erwehntem Judicio Aulico erlangen / ad Judicem enim, qui super nullitate cognoscit, causa etiam principalis devolvitur, quando nullitas principaliter consideranda & ventilanda, ita ut super meritis cognoscere, & ex novâ causâ novisque probationibus sententiam reformare vel etiam confirmare possit,

L. 6. ibi: superstitiosâ appellatione submotâ ex integro inter vos cognoscet. C. quand. provoc. non est neceß.
L. 19. ibi: Si quis ex hâc sententiâ appellaverit, & præscriptione sive exceptione submotus sit, minimè confirmatur ex hâc præscriptione sententia, unde potest causa ab initio agitari. de appellat.

Et

Et hanc sententiam communem esse conclusionem cum Gailio firmat

Richter *Cons. 51. n. 7. vol. 2.*

In tantum, ut confirmatio sententiæ, si justa deprehendatur, fieri possit, etiamsi ex defectu jurisdictionis nulla fuerit, ut notabiliter ampliat

Vantius *tr. de Nullit. tit. ult. n. 132.*

cùm sic Judex inferior non suâ, sed superioris Judicis in utroque territorio jurisdictionem habentis authoritate eam exequatur;

L. 29. C. de appell.

Wodurch auch 13.) vorangeregtes Brocardicum limitiret wird / 15.
desertâ enim appellatione deserta quoque censetur nullitas, quando hæc accessoriè, non verò principaliter intentatur, ceu benè monet

Mevius *part. 4. decis. 389. n. 6.*

Aliâs enim contrarium obtinet porisma, appellationem & nullitatem diversa & separata esse remedia, & ideò uno sublato alterum superesse.

Gail. *lib. 1. Obs. 135. n. 4.*

Wiewohl auch 14.) sonsten nicht unbekandt / quod appellatio- 16.
nis & nullitatis remedia cumulari possint, so ergreiffet doch solches allein Platz / quando nullitas est sanabilis, haud verò insanabilis, cum posteriori casu appellatio prorsus non attendatur, licet fatalia lapsa fuerint,

Rec. Imp. *de Anno 1654. §. 121. & 122.*

querela enim nullitatis locum adhuc invenit, quamvis fatalia appellationis elapsa sint, si nempe nullitas sit capitalis, benè ait

Eisenhard. *tract. de Restit. in integr. contr. sentent. cap. 7. n. 36. pag. 141.*

Nicht weniger ist es zwar 14.) und beschließlich an dem / quòd 17.

 nulli-

nullitatis causam præbens nullum inde fructum percipere possit;

Mevius *part. 5. decis. 5. n. 3.*

Einfolglich Gustavo beyzumessen / daß er beym vorigen Richter Klage erhoben und darauf sprechen lassen / es hat aber eine andere Bewandtnus mit der jenigen Nullität / quæ ex defectu jurisdictionis oritur, als deren genaue Untersuchung und Remedirung Judici superiori von Ambts wegen zukombt / jurisdictiones enim non confundi publicè interest;

L. 4. C. de Jurisdict.

can. 39. caus. 11. quæst. 1.

& separatæ jurisdictiones separatos requirunt Judices,

cap. 2. & 10. X. de for. comp.

Wohin auch elegans præjudicium zielet / welches anführet

Mevius *part. 1. obs. 83. per tot.*

Unterdessen bleibet gegen offt-ersagten Gustavum pœna arbitraria bevor / Falls er die angegebene Nullität zur Gnüge darthun und beweisen sollte / wie wohl erinnert

Berlich. *part. 1. concl. 61. n. 33.*

So hielte demnach dafür / daß an mehr-gedachten Gustavum citatio von Ambts wegen dahin zu erkennen und abzulassen seye / daß er bey ermeldtem Hoff-Gericht in einem hierzu angesetzten Termino erscheinen / den angegebenen Defectum Jurisdictionis deduciren / und erweißlich machen / forters in der Haupt-Sache denen Rechten und der Ordnung gemäß verfahren / und des endlichen Ausspruchs gewärtig seyn müsse.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XIX.

Continentia causæ quonam fundamento substantialiter nitatur?

Auf was vor einen Grund die Continentia causæ eigentlich bestehe?

SUMMARIA.

1. *Continentia causæ tum demum solidè judicari potest, quando una cum alterâ identitate fundamenti & causæ nititur.*
2. *Quod tamen declaratur, ut non attendi debeat causa remota sed proxima: Causa dividendæ hereditatis nec non divisionis rescindendæ à læsione immodicâ unde dependeat?*
3. *Pro connexo non reputatur, licet alterius occasione productum fuerit, quando aliam connexionis causam habet.*
4. *In judicio familiæ herciscundæ tanquam mixto omnes litigantes actorum & reorum personas simul sustinent, diversum autem in actione merè personali obtinet.*
5. *Divisio & rescissio ad diversos fines tendunt, nec ex condemnatione unius ad condemnationem alterius inferri potest, quo casu connexitas impeditur.*
6. *Pariter in causis demum individuis & eandem rationem habentibus, non autem separabilibus, & quarum diversa est ratio, locum obtinet.*
7. *Illaq; Judicium commune & cui omnes Rei subsunt, efflagitat.*
8. *Ordinatio Judicii Aulici Hassiaci in consensum adducitur.*

RESPONSUM.

Nachdeme in der B. Sachen Ratione fundandæ Jurisdictionis 1.
vielerley Obmotiones vorfallen / so habe meine Gedancken
hierüber gegenwärtig vorstellen / und der Nothdurfft nach /

pro salvandâ Judicii authoritate & competentia begründen wollen / sonderlich weil adversantischer Theil auf dem Wahn bestehen will / daß divisio hereditatis inter coheredes defuncti B. facta tanquam causa principalis bey Hochfürstl. Regierung zu N.N. vorhin vorkommen / so müste auch Punctus incidens seu accessorius rescindendæ Transactionis super hereditate illâ initæ continentiam causæ nach sich ziehen / und umb deßwillen auch dieser in eodem Judicio vorgenommen und erörtert werden. Dannoch aber continentia causæ argumentum arduum zu achten / und dahero bey selbigem gar leicht auf einen Abweg vorfallen werden kan / wann nicht indessen viscera gar genau penetriret wird / als ist Anfangs wol in Acht zu nehmen / daß gleichwie die Generalität der Jurisprudenz sehr nachtheilig ist / und der Justiz einen allzugrossen Einhalt thut / also auch specialius zu ermessen stehe / woher eigentlich ersagte Continentia abzumessen seye: Diese aber entstehet nicht juxta opinionem vulgi à dependentiâ causæ principalis, sondern vielmehr 1.) ab origine fundamento & causa, ita ut tum demum continentia talis solidè judicari possit, quando una causa cum alterâ identitate fundamenti & causæ *nititur*, wie wohl und vernünfftig errinnert

Mevius *part. 3. decis. 90. n. 4. & 5.*

2. Doch abermal 2.) mit der bemerckſamen Declaration, ut non attendi debeat causa remota, sed proxima, ita ut licet incidens cum remotâ aliquatenus concurrat, ab eâque dependeat, non tamen hujus habeatur ratio, qando incidens causam proximam habet separatam, & ab hâc solâ ortum trahit, ceu eruditè & graviter notat

Fulvius Pacianus *tract. de Probat. lib. 1. cap. 26. n. 85.*

Da nun causa dividendæ hereditatis dependet à jure hereditario, causa autem divisionis rescindendæ à læsione immodica seu ultra dimidium, ita ut hæc immediatè in rescissionem illam influat, jus vero hereditarium nil quicquam ad hanc faciat, so wird diese Consideration von selbsten eine Einleitung ertheilen / wie in specie proposita gar übel continentia causæ obmoviret werde.

Umb

Umb so mehr da 3.) gar nicht anzusehen / daß ermeldtes Jus hereditarium Gelegenheit zu der Division und darinnen vorgegangener übermäßiger Læsion gegeben / non enim aliquid pro connexo reputatur, licet alterius occasione productum fuerit, quando aliam connexionis causam habet, ceu cum Baldo innuit 3.

Pacianus *dict. lib. 1. cap. 28. n. 37.*

Benebenst diesem will 4.) ratione Subjecti dergleichen Continentia sich gar nicht zeigen / indeme in Judicio Familiæ herciscundæ tantanquam mixto omnes litigantes actorum & reorum personas simul sustinent, 4.

L. 2. §. 3. famil. hercisc.

Da hingegen in actione merè personali ratione læsionis ultra dimidium competente nonnulli vices actorum, cæteri verò reorum, qui læsos se esse conqueruntur, sustinent;

L. 14. princ. L. 27. de Except. rei judic.

Mevius *dict. loc. n. 3.*

In welcher Absicht auch 5.) eine Disconvenienz ratione effectus entstehet / und continentiam verhindert / sicut enim divisio & rescissio tanquam dissentanea ad diversos & contrarios fines tendunt, ita etiam ex condemnatione unius ad condemnationem alterius inferri nequit, quo casu itidem connexitatem impediri in terminis concludit 5.

Pacianus *dict. cap. 28. n. 9.*

Aus welchem allem auch 6.) Diversitas ratione Materiæ offenbahr wahrzunehmen / in causis siquidem demum individuis & unam eandemque rationem habentibus, non autem separabilibus, & quarum diversissima est ratio, darmit auszulangen stehet / wie abermal dextrè & cum judicio darthut 6.

Pacian. *cap. 26. n. 28. & cap. 28. n. 7. & 12.*

cum nihil adeò continentiæ adversetur, quàm diversitas rationis, quæ non patitur, ut dispositum in uno extendatur ad alterum,

Surdus

Surdus *Conf. 389. n. 9. & seqq.*
Hartm. Pistor. *lib. 2. quæst. 39. n. 19.*

7. Anitzo nicht einmal 7.) zu erwehnen / quod causarum continentia Judicium commune, & cui omnes rei subsunt, efflagitet,

Carpzov. *lib. 2. Respons. 18. n. 13.*

da hingegen bekannt / daß gegenwärtige Beklagte in zweyen unterschiedlichen Territoriis seßhafft seyen.

8. Es fället auch 8.) und Letztens dieses hierbey zu bedencken vor / daß die Klägere beständig vorgeben / sie hätten bey erwehnter Regierung super Puncto Læsionis ultra dimidium niemals die geringste Klage erhoben / noch dazu die reos zu citiren angehalten / bey welcher Bewandtnus gleichwie kein Judicium, also auch keine Continentia geschlossen werden kan / hingegen da sothane Actores beym Hochfürstl. Sambt-Hof-Gericht sich angemeldtet / in hoc Puncto Læsionis ultra dimidium Processus extrahiret / und an die in beyden Fürstenthümern angesessene Reos citationem erhalten / nicht weniger auch dieselbe sich darbey sistiret / so wird es in causâ hâc separatâ billig darbey gelassen werden müssen / und zwar nach Anleitung der

Hof-Gerichts-Ordnung *tit. 8. §. 1.*

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XX.

DE JURE RETRACTUS, ALIENATIONE ATQUE CESSIONE REI VEL JURIS LITIGIOSI NEC NON REMISSIONE PRETII IN FRAUDEM ALTERIUS FACTA.

Vom Näher-Kauff-Veräusserung und Uberlassung eines strittigen Guts oder Rechts / auch Verringerung des Kauff-Schillings einem andern zum Nachtheil.

SUMMARIA.

1. *Actiones passivæ non sunt in bonis debitorum sed solius Creditoris, & proinde ab illis mediante cessione in tertium transferri haud possunt.*
2. *An res litigiosa tertio cum onere vendi possit, disquiritur, & negativa defenditur.*
3. *Ejus quod semel litigiosum factum, alienatio atque cessio haud subsistit, quod ampliatur.*
4. *Idq; non solum quoad rei verum etiam juris alienationem vel cessionem obtinet.*
5. *Quod diversis rationibus firmatur.*
6. *Debitor in præjudicium Creditorum nil quicquam moliri, aut eorum petitionem tollere vel mutare potest.*
7. *Alienatio est ipso jure nulla, si propter dolum adversarii Actor diversis judiciis fatigari debeat, licet alter ignoranter rem litigiosam emerit.*
8. *Quando remissio pretii instar alicujus donationis à Venditore fieri solet, hæc in fraudem alterius facta præsumitur, quod ad præsentem casum applicatur.*
9. *Si Venditor partem pretii donet vel remittat, remissio hæc non*

juvat retrahentem.

10. *Quod per se vitiosum est partem alterius constituere nequit.*

11. *Pignus re propriâ subsistere nequit.*

12. *Cessio juris passivi & litigiosi uti Creditori haud præjudicat, ita etiam jus per transactionem Creditori quæsitum perpetuam instar rei judicatæ authoritatem retinet.*

13. *Exceptiones inutiles haudquaquam admittendæ, neq; illi indulgendum, qui exceptionem ratione actus legibus prohibiti objicere molitur.*

14. *Illicita ac prohibita haudquaquam approbari censentur, nec renunciationis capitur præsumptio, nisi evidentissimis probationibus demonstretur.*

15. *Delegationis quænam sint requisita?*

QVAESTIO.

OB Herrn Hectori frey bleibe / seine gegen die Sigismundische Erben habende Rechtmäßige Prætension ferner zu prosequiren und ausfündig zu machen / im Fall dieselbe ihr *Antheil* Gütter an einen Tertium zu verkauffen / sothanen Kauff aber besagter Herr Hector viâ Retractus wiederumb zu invalidiren und zu rescindiren gemeynet wären / oder ob hingegen dessen Prætension an berührte Erben eben hierdurch unterbrochen und aufgehoben würde / dafern gegen den etwa vorkommenden Kauff man sich des Juris Retractus zu gebrauchen gemeynet seyn sollte?

RESPONSUM.

DIese mir vorgestellte Frage mit Bestand zu entledigen / so ist es an deme / daß ob gleich Herr Hector begebenden Falls vermittelst des ihme als einem nahen Angewandten so wohl / als auch Condomino zukommenden Retracts sich zu prospiciren intendirte / dannoch hierdurch deren Prætension so wenig einigen Anstoß leide / als vielmehr dessen ohngeachtet solche allerdings in salvo bleibe / und gegen

gen die Sigismundische Erben nach wie vor fort- und ausgeführet werden könne.

Und dieses aus nachfolgenden Ursachen und Gründen. Indem 1.
1.) des Herrn Hectoris Prætension wie gegen die Sigismundische Frau Wittib bey deren Leb-Zeiten / so auch gegen deren Successores dergestalt gegründet ist / daß sie sich davon / als actione quâdam passivâ anderer Gestalt nicht / als durch eine rechtmäßige Satisfaction loszuwürcken / vermögen. Nun ist aber ausfündigen Rechtens / quod actiones passivæ, uti Interpp. loquuntur, non sint in bonis dictorum heredum tanquam debitorum, sed solius Creditoris, & proinde ab illis mediante cessione in tertium transferri possint, ceu in terminis terminantibus tradit

Alphonsus de Olea *tract. de Cession. Jur. & act. tit. 3. quæst. 9. num. 8.*

Dann ob gleich 2.) einige Rechts-Lehrer in der Meynung stehen / 2.
es könte von einem Debitore einem andern ein Gut mit dem Onere verkauffet worden / daß dieser davon die etwa sich hervor thuende und daran einigen Anspruch machende Creditores befriedigen sollte / so behaupten doch andere denen Rechten ähnlicher zu seyn / daß in Mächten eines Debitoris solcher Gestalt denen Creditoribus einiges Præjudiz zuzuziehen / zumahl nicht stehe / sondern diesem nichts destoweniger zukomme / jenen zu behöriger Præstation desjenigen / womit er verhafftet / mit allem Ernst anstrengen zu lassen / wie abermal wohl urtheilet

Olea *dict. loc. n. 23. in fin.*

Deme 3.) des mehreren beyschlägt / daß mehrgedachter Herr He- 3.
ctor gegen vor erwehnte Sigismundische Frau Wittib allschon bey Leb-Zeiten Klage erhoben / und diese seine Prætension ernstlich zu poussiren sich angelegen seyn lassen / plusquam autem in aperto est ejus, quod semel litigiosum factum, alienationem atque cessionem haud subsistere,

L. 1. & t. t. C. de Litigios.

adeò ut non obstante cessione, si quæ contra locum prohibitio-

nem facta, lis cum eo, qui nulliter cedere attentavit, liberè pertractari possit, ut benè loquitur

Brunnemann. *ad L. 2. C. princ. dict. tit.*

4. Und dieser Rechts-Satz ergreiffet 4.) nicht allein quoad rei, verum etiam Juris cessionem vel alienationem ohnstreitig Platz / in tantum, ut nec lis & instantia, neque etiam ulla utilitas in prætensum cessionarium transeat, licet quoque juris quæsiti cessio seu actiones active subsint.

Alphonsus de Olea *dict. lib. 3. quæst. 10. n. 3. & 17.*

multò minus ergò, si de passivâ actione quæstio versetur, cum id quod nostrum non est, non sine facto nostro in alium transferri possit,

L. 11. de R. J.

5. Und dieses alles 5.) nicht ohne Ursach / lex siquidem præsumit, ejusmodi cessionem fieri animo exagitandi advesarium; Deinde quia mutato adversario actoris conditio sæpe durior redditur; Denique quia aliâs nunquam vel rarò tamen quispiam rem vel debitum suum consequi posset, cum tali prohibitâ substitutione semper novus adversarius obtrudi, & diversis judiciis, si forte novus possessor alterius sit fori, Creditor fatigari posset. Uti tres has rationes expressit

Brunnemann. *de Cession. action. cap. 4. n. 10.*

6. Deme weitere Handbietung 6.) thut / quòd debitor nil quicquam moliri valeat in præjudicium Creditorum;

L. 15. C. de pignor.

quodque debitorum pactionibus Creditorum petitio nec tolli nec mutari possit, ceu rescripserunt Impp. in

L. 25. C. de Pact.

7. Dieses Vitium litigiosi ist auch 7.) mit einem solchen bemerckſamen Effect begleitet / daß die gegen den Alienantem ausgesprochene Sen-

Sentenz contra tertium, an welchen die Veräusserung geschehen / sine novo Processu zu völliger Execution gebracht werden könne / allermassen nicht nur accuratè besteiffet / sondern auch kräfftig hoc momento bewähret / quòd talis alienatio sit ipso jure nulla, & proinde magnam iniquitatem sapiat, si propter dolum adversarii Actor diversis judiciis fatigari debeat, licet alter ignoranter rem litigiosam emerit;

Franzkius *lib. 1. resolut. 11. n. 95. & 96.*

Welchen eintringenden Motiven nach 8.) keine Hinderung dahe- 8.
ro entstehen kan / daß der Kauff-Schilling in Absicht dieser Hectorischen Prætension verringert werden dörffte; Dann im Fall bey etwa vorkommenden Kauff diese Verringerung unternommen werden sollte / dahero keine geringe Marque eines ungleichen und widrigen Verdachts gegen die Sigismundische Erben erwachsen dörffte / quando enim remissio pretii instar alicujus donationis à venditore fieri solet, tunc præsumitur hæc in fraudem alterius facta, uti cum Berlichio tradit

Reinking. *de retract. Consang. quæst. 5. n. 55.*

quod præsenti in casu tantò magis locum invenit, quando remissio fieret intuitu cessionis, tum propter vitium litigiosi, tum ratione actionis passivæ prorsus prohibitæ & illicitæ, cum in rebus illicitis semper callidæ machinationis præsumptio capi soleat,

cap. 1. X. de Præsumpt.

Gœdd. *Cons. Marp. 28. n. 152. vol. 2.*

Gleichwol würde doch 9.) solchen Falls wohlbesagtem Hectori 9.
bey dem erfolgenden Retract pretium justum zu zahlen und zu erstatten angemuthet werden können / in Betracht / daß dasjenige / was etwa am Pretio verringert wird / dem Retrahenti keines Weges zu statten zu kommen pflege / si enim venditor partem pretii donet vel remittat, tum hæc remissio vel donatio non juvat retrahentem, sed hic nihilominus justum pretium refundere tenetur, in terminis tradente

Rich-

Richtero *decis. 76. n. 135. in fin.*
addatur Reinking. *cit. loc. n. 59.*

10. So wenig auch 10.) oft berührte Hectorische Prætension einig Jus alienabile & cessibile an Seiten der Sigismundischen Erben nach sich ziehen kan / so wenig mag auch dieselbe partem pretii zu machen/ einige Beysorge getragen werden / cùm non possit partem alterius constiuere, quod per se vitiosum est, & à lege penitus improbatur;

arg. *L. 14. §. 1. in fin. C. de SS. Eccles.*

In cujus firmamentum cedit etiam illud Augustini, quando ait: Turpem esse partem, quæ suo universo non congruit in

can. 2. distinct. 8.

11. Sollte auch gleich 11.) in Absicht sothanen Verkauffs / Falls solcher in der That und darauf der competirende zweyfache Retract erfolgen sollte / die sonsten dieser Prætension wegen etwa zu statten kommende Actio Hypothecaria erlöschen / cum Pignus in re propriâ subsistere nequeat,

L. 45. de R. J.

12. So würde doch 12.) Herrn Hectori unbenommen bleiben die Sigismundische Erben zu Abführung der jenigen Prætensionen, worzu mehrernannte Frau Wittib/ vermittelst deß mit ihr getroffenen- und ihrer Seits nicht weniger Eigenhändig unterschriebenen Transacts / sich anheischig gemacht / durch einen Richterlichen Ausspruch anstrengen zu lassen / sicut enim juxta præmissa cessio juris passivi & præterea litigiosi in nihilum recidit, & ne in minimo quidem Creditori præjudicat, ita etiam jus per transactionem utriusque placito sanctè initam Creditori quæsitum remanet inconcussum, & perpetuam instar rei judicatæ authoritatem retinet,

L. 20. C. de Transact.

13. Also und dergestalt / daß Falls 13.) bey künfftigem Erfolg Exceptio prætensionis per retractum extinctæ adversantischer Seits vor-

vorgeschirmet werden wollte / alsdann mehrberührter Herr Hector de dolo vel temperatius in factum dergestalt repliciren könne / es hätte seine Prætension mit dem Verkauff des Sigismundischen Antheils Gütter / entgegen die offenbahre Rechte nicht connectiret und vermenget / auch deswegen an andere keines Weges cediret werden können noch sollen / und da sothane Cession mit einer kundbahren Nullität bestricket seye / so bliebe ihre Prætension einen Weg wie den andern gültig und exigibel, der Retract aber zielte allein auf ermeldtes Antheil Gütter / so sie propter duplex vinculum in frembde Hände gerathen zu lassen / ihrem Intent zumal nicht convenabel befunden / dannenhero mit der übel opponirten Exception gar nicht auszulangen / cum inutiles frustratoriæ & frivolæ exceptiones haudquaquam admittantur,

L. 45. de procur.
L. 14. §. ult. ut legat. nom. cav.

neque indulgendum sit illi, qui exceptionem ratione actus legibus prohibiti objicere molitur, exceptiones siquidem in legitimis demum defensionibus consistunt, & hâc consideratione æquitate niti dicuntur,

Vultej. *Conf. Marp. 20. n. 68. vol. 3.*
Mascard. *de Probat. Concl. 8532. n. 10. 47. & 50.*

Ebener Gestalt ist 14.) und beschließlich gar nicht zu befahren / 14.
als hätte man dem Kauff mit solcher Prætension approbiret / dieser renuntiiret / und die tertios tanquam cessionarios sich delegiren lassen. Tantum enim abest, ut quis proprio cum dispendio approbare censeatur, quod in actum legibus exosum, nullumque in contractum deducibilem degenerat, cumprimis cum illicita ac prohibita sinistram involvant suspicionem, quæ repelli potius quam approbari consuevit;

can. 9. caus. 6. quæst. 1.

simili modo renunciationis nunquam capi solet præsumptio, adeò ut

ut ne quidem ex actu proximo colligi valeat, eamque ob causam nonnisi evidentissimis & arctioribus probationibus ejus demonstratio comprobanda venit,

cap. 5. X. de renunc.

Brunnemann. *Cons. 56. n. 16.*

præcipuè cum sit instar donationis sive alienationis, quam minimè præsumi tralatitium,

L. 25. vers. si verò de probat.

15. Quod verò 15.) delegationem attinet, ab eâ vel minimum timendum obstaculum, dum aperto jure proditum legitur, eam aliter fieri haud posse, quam mediante stipulatione inter creditorem & delegatum celebrata;

L. 11. de novat. & delegat.

L. 1. 6. & 7. C. eod.

novandi quoque animo disertis verbis declarato,

L. ult. C. eod.

Idque in tantum ampliatur, ut licet delegans res suas alteri eâ lege cesserit, ut Creditori solveret, tamen quamdiu hic non consentit, nec delegans nec fidejussor ejus liberetur;

Hering. *de fidej. cap. 20. §. 4. n. 5. & 8.*

CONSI-

CONSILIUM ſeu RESPONSUM *XXI.*

DE REVOCATIONE PACTORUM TOTALIUM PER TESTAMENTUM CONFIRMATORUM, CONDITO TESTAMENTO REVOCATORIO, NEC NON DISTRACTIONE DOMUS DOTALIS.

Von Wiederruffung aufgerichteter und durch ein Testament beſtättigter und wiederholter Ehe-Pacten / Errichtung eines anderwärtigen widerrufflichen Testaments / auch Veräuſſerung einer zum Braut-Schatz mitgegebenen Behauſung.

SUMMARIA.

1. *Valet pactio, ut dotem dans ab accipientibus ali debeat, & revocabilis eſt datio, quæ adjectæ conditionis implemento haud eſt ſuffulta.*
2. *Intentio agentis certos omnibus actibus limites ponit, nec quicquam contra eam fieri debet.*
3. *Lucrum dotis ingratitudinis labe infringitur.*
4. *Ingratitudinis vitia eluceſcunt, quando conventiones appoſitæ haud ſervantur & bonis benefactoris gravis jactura infertur.*
5. *Nulla certior eſt domicilii mutatio, quàm ſi quis ex loco in alium cum totâ familia rerumq; ſuarum translatione ſeſe confert.* vid. tamen n. 32.
6. *Nuda revocatio Teſtamentum haud infringit, niſi coram Magiſtratu & conſueto Teſtium numero peracta, nec non revocatio pactorum dotalium per ſolennem conteſtationem comprobata licita eſt.*
7. *Rei in dotem datæ diſtractio animum revocandi arguit.*
8. *Transactio irretractabilem habet*

Ss

bet authoritatem & cum re judicatâ & jurejurando æquiparatur.

9. *Amissis instrumentis dotalibus cetera probationum indicia irrita non habentur ac Instrumentorum appellatione etiam testes continentur.*

10. *Tantò majorem fidem merentur testimonia quando verba dispositiva eum propriâ disponentis formulâ & modo loquendi concordant.*

11. *Quando pacta dotalia non per modum ultimæ voluntatis sed contractus condita censeantur?*

12. *Verba præteriti temporis actum perfectum designant, ultimæ verò voluntates effectum demum ob obitu Testatoris sortiuntur.*

13. *Ubi irrevocabiliter datur proprietas & usufructus saltem reservatur, ibi actus inter vivos celebratus censetur, quod ampliatur.*

14. *Testis unius Testimonium tantæ considerationis haud est, cumprimis quando plures aliter deponunt.*

15. *Donatio in quâ quinq; testes non adhibiti, pro negotio inter vivos reputatur, tametsi mortis mentio in eâ facta fuerit.*

16. *Sola mentio mortis ad actum ultimæ voluntatis inducendum non sufficit, & quidnam insuper requiratur.*

17. *Verba:* ohne einigen Wiederruff; *apertissimam differentiam inter actum inter vivos & ultimæ voluntatis insinuant. Terminus:* verbleiben / *quid innuat?*

18. *Vocabulum:* eigen *quidnam involvat. Proprietatis plenæ nomine dominium cum usufructu consolidatum intelligitur.*

19. *Contractus mutuâ voluntate firmatus unius dissensu revocari nequit, idq; etiam in pactis dotalibus obtinet.*

20. *Quando dotis datio purè & simpliciter facta, nec non cum clausula irrevocabilitatis facta est, nullus prætextus pro colorandâ revocatione sumi potest.*

21. *Conditiones quæ non exprimuntur, cur non subintelligantur.*

22. *Conditio uni casui adjecta non potest ad aliam trahi & propria*

pria in ultimâ voluntate facta confessio rem notoriam facit.

23. *Quando propriæ confessioni evidentia rei velificatur, maxima inde enascitur certitudo.*

24. *Ubi rerum donatarum vel in dotem datarum fructus retinentur, nulla causa revocationes prætexi potest.*

25. *Nulla in eos cadit suspicio, qui nullam ex negotio alieno utilitatem sperant.*

26. *Doli præsumptio nequaquam capi solet in iis, quæ publicè & præsente ac approbante Magistratu vel Notario geruntur.*

27. *Culpam non potest aliis imputare, qui ipsemet causa suæ culpæ existit.*

28. *Dotis titulus est dominii translativus, cumprimis quando cum clausula irrevocabilitatis est conjunctus.*

29. *Dos ab extraneâ personâ constituta donata censetur, quando nullam conditionem adjecit, neque ejusdem restitutionem stipulata est.*

30. *In alienis rebus quicquam contra domini voluntatem facere haud licet & Marito jus vindicandi dotem competit.*

31. *Dotis lucrum ob ingratitudinem an revocari possit.*

32. *Mutatio domicilii & dimissio possessionis tum demum pristina jura aufert, quando conjuncta est cum animo hiscè renunciandi, qui tamen probari debet.*

33. *Transactio generalis non saltem jura in litem deducta, verùm etiam omnia tam expressa quàm non expressa perimit.*

34. *Cumprimis quando præviâ causæ cognitione & approbatione Judicis facta & applausu Virorum honestorum firmata.*

35. *Mulier cur fundum dotalem alienare vel transigendo remittere nequeat, latius examinatur.*

36. *Testamentum septenario Testium numero haud vallatum irritum est.*

37. *An verò per modum Codicilli valeat, disquiritur.*

38. *Ad Codicillorum subsistentiam requiritur, ut uno eodemque tempore, quo hi conditi, testes fuerint adhibiti, quod & in donatione mortis causa obtinet, nec non rationibus firmatur.*

SPECIES FACTI.

Es hat Catharina / Johannes M. seel. Wittib / Catharina zur A. welche im Monath Jan. nächsthin dieses Zeitliche gesegnet / Johannes N. Tochter / Namens Elisabeth / zu gedachtem A. (welche der Defunctæ Schwester Tochter ist /) ihre Behaußung Krafft dem zwischen ihnen errichteten und durch die den 18. ten Martii dieses Jahrs an Aydts Stadt abgehörte Zeugen bekräfftigte / auch nachgehends von gedachter Catharinen den 12. Jan. 1691. in ihrem Testament wiederholte Ehe-Pacten / nach Anleitung der Beylage sub lit. A. & B. in dotem zu geben versprochen / damit sie Defuncta Henrich K. viduum, umb ihre Baase die gedachte Eliesabeth zu heyrathen dadurch bereden mögte / worauf die Heyrath getroffen und vollzogen worden; Es habe auch Henrich K. und seine geheyrathete zweyte Frau Elisabeth ernannter ihrer alten Baasen Catharinen viel gutes erweisen / und Krafft der Anlage sub lit. C. ein merckliches an sie verwendet und bezahlet; also daß durch sothane erzeigte Gutthaten die Defuncta bewogen worden / angeführtes Testament sub lit. B. zu verfaßen / und ermeldten Henrich K. und seiner Frauen alle ihre Immobil-Gütter und Vermögen zu vermachen / gestalten dann er K. und seine Frau 5. Viertel Jahr bey ihr gewohnet / weilen aber sie Catharina gar seltzamer humeur gewesen / und bey ihr die Junge Eheleute nicht bleiben können / seynd sie von ihr auß dem Hauß zu weichen und ihre eigene Haußhaltung fortzuführen / veranlaßet worden; Es hat sich aber einige Jahre hernach begeben / daß die Defuncta Zweiffels ohne ad Inductionem aliorum, die aufgerichtete Ehe-Pacten durch die den 27. Decemb. 1694. beschehene Wiederruffung sub lit. D. allerdings revocirt / auch darauf sothanes Hauß an andere verkauffet und distrahirt / allermassen sie solches laut der Beylage sub lit. C. würcklich alieniret / und in ihrem Testamento Revocatorio ersagten Henrich K. und seine Frau einiger gegen sie erwiesener Undanckbarkeit und anderer Dingen beschuldiget / auch 1). vorgegeben / als wann ihr kein Unterhalt

terhalt

terhalt verschaffet worden wäre / da doch solches pro fundamento ingratitudinis nicht angegeben werden können / weilen sie Defuncta jederzeit in dem Hauße und ihren Güttern geblieben / K. auch und seine Frau nur 5. Viertel Jahre bey ihr gewohnt; 2.) hätten Consulenten sie überredet / daß sie ihnen nachgegeben zu ihrer beyder Seits Nahrung einige Gütter zu verkauffen / als ein Stück Baum-Garten vor 30. Gulden verkaufft / da doch dieser Garten von der Catharinen allschon verkauffet gewesen / ehe und bevor sie das erste Testament de Anno 1691. verfertiget hat; Was aber 3.) die zwey Hopffen-Länder zu P. und den halben Morgen anlangt / so hat die Catharina selbst in den Tausch des halben Morgens / laut Original-Tausch-Briefs unterm Dato den 19. Jan. 1693. sub lit. F. wie auch in den Kauf der zwey Hopffen-Länder / besag Original-Kauf-Briefs vom 6. Decembr. 1693. sub lit. G. gewilliget / vor welche beyde Briefe als Instrumentis publicis allerdings die Præsumption stehet.

Zweytens ist zwischen Henrich K. Haußfrauen / Namens Elisabethen und gedachter Wittben Catharinen den 14. Aug. 1669. beygehender Vergleich sub lit. H. errichtet worden.

Drittens hat oft ermeldte Catharina vermög eines den 28. Januarii dieses Jahrs Abends nach acht Uhren kurtz vor ihrem tödtlichen Hinntritt errichteten Testaments sub lit. I. den von ermeldter Eliesabethen herrührenden Elterlichen Garten einer Extraneæ vermacht / wobey sonderlich zu bemercken / daß mit dessen Aufrichtung es nicht wol hergangen / indem 1.) nur 5. Zeugen darzu erfordert worden / der eine Contestis mali auditus und also derselbe der Defunctæ Will und Meynung nicht vernehmen können; 2.) die Zeugen allererst etliche Tage nach errichtetem Testament solches unterschrieben; 3.) bey Verfertigung desselben das Hauß verschloßen gewesen / und die nächste Freunde zu der Defuncta nicht kommen können / und was dergleichen mit unterlauffenden Umbständen / so hiernächst weiter sollen vorgestellet werden / mehr seyn mögen;

Quæstio 1. Fragt sichs dahero / ob die vormals zwischen Henrich

M. seel. Wittwen / Namens Catharinen und Johannes N. Tochter Elisabethen als Henrich K. Hauß-Frau errichteter und vermittelst denen den 18. Martii dieses Jahrs an Ayds Statt abgehörte Zeugen bekräfftigte auch nachgehends von gedachter Catharinen den 12. Jan. 1691. in ihrem Testament wiederholte Ehe-Pacten von ihr Catharinen durch die den 27. Dec. 1694. beschehene Wiederruffung revociret / auch darauf von ihr sothanes Hauß an andere verkauffet und und distrahiret werden können / indeme sie solches würcklich alienirt / oder ob nicht vielmehr sothane Revocation von deßwegen nichtig / weil sie die darinnen angegebene Stücke freywillig und bey der Obrigkeit selbsten respectivè vertauschet und verkauffet / bevorab da auch erhellet / daß Henrich K. an sie die Catharinen ein merckliches verwendet / und vor sie einige Schulden bezahlet habe?

Quæstio 2. Ob der den 14. Aug. 1696. zwischen Henrich K. Haußfrauen Namens Elisabethen und mehr ermeldter Catharinen errichtete Vergleich denen Consulenten im Wege stehen / und sie an Vindication des in dotem erhaltenen Haußes behindern könte?

Quæstio 3. Ob das von der Catharrinen den 28. Jan. dieses Jahrs Abends nach 8. Uhren errichtete Testament von Rechtswegen bestehen und Krafft haben könne?

Uber obige drey Fragen wird des Hochlöblichen Sambt-Hof-Gerichts Rechtliches Bedencken cum Rationibus Dubitandi & Decidendi verlanget;

RESPONSUM.

Bey der zum Hochfürstl. Heßischen Sambt-Hof-Gerichts eingeschickten Facti Specie und denen daraus gezogenen dreyen Fragen wird die verlangte Rechtliche Entledigung und Belehrung / Falls das jenige / was allerwegen in Facto angegeben / sich also verhält / um so viel leichter fallen / wann einige hierbey vorkommende Zweiffel untersuchet / und ob selbige gegen die Satz- und Haupt-

Gründe einigen Verfang thun können / in genaue Erwegung gezogen werden.

QVAESTIO I.

UNd zwar so viel die erste Frage betrifft / so will es das Ansehen gewinnen / als wann Catharina / Johann M. S. Wittib zur A. die vormahls zwischen ihr und Johannes N. errichtete durch einige an Eydes statt abgehörte Zeugen bekräfftigte und nachgehends in ihrem den 12.ten Januar. 1691. aufgerichteten Testament widerholte Ehe-Pacten sub lit. A. & B. mit Bestand und zwar vermittelst der sub lit. C. anliegenden Revocation wiederum aufheben und unterbrechen können.

RATIONES DUBITANDI.

UNd zwar dieses dahero / weil 1.) ermeldte Catharina sothane ihre Ehe-Pacten auf einen gewissen Anhang und Beding / dafern nemlich die dotirte Personen ihr guts thun würden / ausgestellt zu haben scheinet / wie sich aus der Beylage sub lit. B. ergiebet / nil enim impedit, quo minus valeat pactio, ut dotem dans ab accipientibus ali debeat; 1.

arg. *L. si pater. 12. §. 1. de Pact. dotal.*

L. si quis. 21. §. 1. de donat. inter vir. & ux.

Colleg. Argent. *tit. de Pact. dotal. th. 2. n. 9.*

cùm quilibet rei suæ legem dicere & dationem certi Pacti adjectione moderari possit,

L. in re mandata. 21. C. mandat.

L. non usq;. 2. si à parent. quis manum. fuer.

Constat autem revocabilem esse dationem, quæ adjectæ conditionis implemento haud est suffulta & munita in tantum, ut non saltem condictio ob causam, verùm etiam utilis rei vindicatio eo nomine concedatur.

L. si

L. si doceas. 1. C. de donat. quæ sub mod. ubi Brunnemann.

2. Bevorab da 2.) ersagte Catharina die junge Eheleute zu sich in ihr Wohnhauß genommen / und ihnen dergestalt dasselbe mitgegeben / daß es nach ihrem Tod erblich und unwiederrufflich bey ihnen verbleiben sollte / und zwar nach Anleitung der Beylagen sub lit. A. & B. Gleichwie aber niemand dergleichen Aufnahm und Ubergab jemanden zu accordiren pfleget / als von wem er die Hoffnung wohl gehalten und behöriger massen bedienet zu werden schöpffen kan / also auch im Gegentheil wann dergleichen zu trauen / ja gar die so gut gemeynte Ubertragung durch eine irregulaire und widrige Bezeigung wieder bessere Zuversicht vernichtet wird / ist anderster nicht zu schließen / als daß man auch sich länger daran nicht binden / sondern vielmehr mit höchster Befugnuß davon wiederumb loßwürcken wollen / intentio siquidem agentis uti certos omnibus actibus & negotiis limites ponit,

cap. cum super. 8. de offic. & potest. jud. deleg.

Besold. *Cons. 171. n. 37. p. 4.*

præprimis quando hæc pendent ab hujus potestate

Tusch. *Conc. practic. tom. 3. concl. 269. n. 5.*

ita nunquam contrarius inde effectus oriri, nec quicquam contra eam fieri debet;

L. non omnis. 19. de Reb. cred.

imò si illi, qui ex actu quodam jus aliquod acquisiverunt, intentioni agentis contraveniant, videntur à jure illo recedere seque illo destituere,

cap. sollicitudinem. 54. in fin. X. de appell.

3. Mehrers anerwogen / daß 3.) solcher Gestalt auf eine unbeliebige und mit dergleichen willigen Hingab allerdings streitende Undanckbarkeit descendiret wird / lucrum autem dotis ingratitudinis labe contaminari, & penitus infringi in terminis tradit

Marta *Neap. digest. tit. dos. cap. 62.*

Woran 4.) destoweniger zu zweifflen / da die Consulenten ihr

die

die versprochene Mühle nicht gebauet / auch sie einige Stücke zu beyderseits Erhaltung zu verkauffen verleitet / ja kurtz darauf gar von ihr aus dem Hauße weg / und sich anders wohin begeben / wie aus der Beylage sub lit. D. zu bemercken. Tantò majora autem ingratitudinis vitia elucescunt, quando conventiones appositæ haud servantur, ac præterea bonis & substantiæ benefactoris gravis jactura infertur;

L. generaliter. ult. C. de revoc. donat.
cap. propter. fin. X. de donat.

quin eo ipso, quo Consulentes sine ulla causa è domo dotali recesserunt, censentur ejusdem dominium sponte abdicâsse & in manus benefactricis suæ vicissim resignasse,

arg. *cap. inter. 20. X. de sentent. & re judic.*

de quo tantò minus dubitandum, quia domicilium prorsus mu- 5.
târunt & è Territorio Moguntino in aliud secesserunt, cùm nulla certior sit domicilii mutatio quàm si quis ex loco in alium cum totâ familiâ rerumque suarum translatione sese conferat,

L. Cives. 7. C. de incol.

& possessio cumque ea dominium amissum censetur, si quis eo animo inde digressus fuerit, ne possideret nevè rediret;

L. peregrè. 44. §. 2. de acquir. vel. amitt. possess.

Wie dann auch 5.) mehrermeldte Catharina umb eben dieser be- 6.
wegsamen Ursachen Willen / weniger nicht die Ehe-Pacten als auch das darauf errichtete Testament bey der Obrigkeit und vielen dabey gewesenen Zeugen widerruffen / und so wohl von diesem als auch sonderlich von Festhaltung der Ehe-Pacten sich dadurch allerdings entladen / quamvis enim nuda alioquin revocatio testamentum haud infringat,

§. 7. I. quib. mod. testam. infirm.

id tamen notabiliter fallit, quando coram Magistratu & consueto testium numero ea parata, uti pertinenter ingeminant

Faber. *in Cod. lib. 6. tit. 5. def. 29.*
Guido Pap. *decis. Gratiopol. 200.*
Mascard. *de Probat. concl. 1289. n. 35. & 36. in fin.*

& revocatio quoque pactorum dotalium ob dictas causas est licita, quando per tam enixam & solennem contestationem comprobatur,

arg. *dict. §. 7. I. quib. mod. test. infirm.*
L. ult. C. de revoc. donat.

7. Ja damit sie 6.) ihre veränderte Gemüths-Meynung noch ferner zu erkennen geben mögte / hat sie in Anno 1696. den 29.ten April vorersagte in dotem mitgegebene nachmals aber widerruffene Behausung an Curth N. Bürgern und Zimmermeistern daselbst um 120. Gulden jedoch mit Vorbehalt des Einsitzes bis in ihren Tod verkauffet / auch durch der Käuffer Aufnahm und gethane Liefferung / sothanen Kauff würcklich vollzogen / allermassen die Beylage sub lit. C. mehrers zu erkennen gibt / rei autem in dotem datæ distractio de animo revocandi & voluntatis mutatione, dubitare prorsus non patitur, cùm hæc ceu incompatabilia simul invicem stare nequeant;

L. rem legatam. 18.
L. Legatum. 24. §. 1. de adim. vel transf. Legat.

8. Wozu dann 7.) und Letztens kombt / daß Johannes N. Tochter Elisabeth als Henrich K.. des Consulenten Hausfrau mit der Catharinen unter andern auch wegen der prætendirten Braut-Gifft sich völlig abgefunden und dergestalt alles Anspruchs daran begeben hat; Transactio autem tantæ est virtutis, ut irretractabilem habeat authoritatem, eò quod cum re judicatâ & jurejurando æquiparetur,

L. Jusjurandum. 2. de Jurej.

Eâque de causâ actor si pristinam actionem, de quâ transactum, resuscitare & denuò intentare præsumat, oppositâ exceptione removeri possit.

L. cum proponas. 17. C. de Transact.

RATIO-

RATIONES DECIDENDI

Wie aber dem allen / so ist es an deme / daß Catharina M. den 9.
zwischen ihr und Henrich K. als Consulenten Hausfrauen errichteten Ehelich zu revociren / auch das ihnen darinnen verschaffte und so bald mitgegebene Haus forters zu alieniren im geringsten nicht befugt gewesen / welches sich mit satten Gründen zeigen wird / wann nicht nur die eigentliche Abrede der vormahls verfügten Ehestifftung / sondern auch die darauf erfolgte wahre Beschaffenheit des Verlauffs etwas genauer untersuchet wird. Ob dann gleich 1.) der zu Papier gebrachte Ehelich nachgehends verlohren worden / so leidet doch dessen Validität hierdurch nicht den geringsten Anstoß / indem die vom Schultheisen zur A. den 18.ten Mart. dieses Jahrs hierüber an Eydes statt abgehörte Zeugen davon umständlichen und völligen Bericht erstatten / amissis siquidem Instrumentis dotalibus sine dubio cætera probationum indicia non habentur irrita, ceu apposité rescripserunt Impp. in

L. cum citra. 15. C. de jur. dot.

cùm in usu juris instrumentorum appellatione etiam testes contineantur;

L. Instrumentorum. 1. de fid. Instrum.
L. Instrumentorum. 99. §. 2. de V. S.

Allermeist da auch 2.) eben die jenige Worte / deren sich die Ca- 10.
tharina in ihrem sub lit. B. befindlichen Testament bey der Dotal-Ubergab gebrauchet / und worauf das Wesen der Ehe-Pacten beruhet mit demjenigen / so die Zeugen sub lit. A. ausgesprochen / allerdings übereinkommen / tantò majorem autem fidem merentur testimonia, quando verba dispositiva & in quibus pondus rei residet, cum propriâ disponentis formulâ & modo loquendi concordant, eundemque sensum ac voluntatem præ se ferunt,

arg. *L. ad probationem. 21. C. de Probat.*

adeò ut intuitu hujus convenientiæ haud necesse sit, testes sua asserta corporali juramento firmare, ut alioquin opus esse asseverat;

Carpzov. *J. For. part. 2. const. 43. def. 8. n. 5. seqq.*

11. Soviel dann 3.) die Worte selbsten anreichet / so bestehen selbige darinnen / es habe die Catharina ihr Häußgen Henrich K. und seiner Frauen in Dotem mitgegeben / dergestalt / daß sie darinnen den Einsitz ausbehalten / nach ihrem Tod aber beyden Ehe-Leuten dasselbe ohne ferneren Widerruff verbleiben solle. Woraus rechtlicher Anleitung nach ohnschwehr zu ermessen / daß sothane Ehe-Pacten nicht per modum ultimæ voluntatis, sondern vielmehr contractus, unter ihnen errichtet worden seyen / nulla siquidem mentio juris hæreditarii aut successionis injecta, sed vi pactorum dotalium & inde descendentis obligationis statim domus sub verbo mitgegeben / data, hoc est dominium ejus translatum, cùm dare aliud nil sit, quàm dominium transferre, ceu apertè firmat

Ulpianus *in L. ubi autem. 75. §. ult. de V. O.*

Addatur Kohl. *de Pact. dotal. part. altera. n. 79.*

12. Und dieses 4.) um so mehr / weil so wohl in vorgedachter Zeugen-Sage als auch der Catharinen Testament sub lit. A. & B. dictum verbum præteriti temporis, nempe mitgegeben / reperitur, verba autem præteriti temporis actum perfectum & consummatum designant;

L. creditor. 31. princ. de liber. leg.

Klock. *cons. 42. n. 31. tom. 2.*

Da hingegen bekannt / quòd testamenta aliæve ultimæ voluntates effectum demum ab obitu Testatoris sortiantur,

L. omnium. 19. C. de Testam.

eò quod impossibile sit, superstitis hereditatem adiri vel bona occupari posse.

L. qui superstitis. 94. de acq. vel omitt. hered.

Welchem

Welchem 5.) beyschlägt/ daß die Catharina sich weiter nichts/ als den 13.
Einsitz des Hauses vorbehalten / ubi autem irrevocabiliter datur proprietas & reservatur saltem usufructus, ibi actus inter vivos celebrari censetur, ita eruditè post Baldum & Alexandrum

Carocius *decis. 84. n. 25.*
Matthæus de Afflict. *decis. 275. n. 7.*
Carpzov. *J. For. p. 2. const. 12. def. 24. in fin.*
Cardinal. Tusch. *concl. practic. tom. 2. concl. 654. n. 23.*

ubi id n. 24. notabiliter ampliat, tametsi legati mentio facta fuerit, welches auch allhier vom zweyten Zeugen Johannes K. von M. geschehen / neque enim nominis haberi debet ratio, quando de re ipsâ luculenter constat,

L. demonstratio. 17. de cond. & demonstr.
L. in venditionibus. 9. §. 1. de contr. empt.
L. si quis. 4. de Legat. 1.

in tantum, ut licet testes in nomine erraverint, tamen dicta eorum haud vitientur, dummodo in re ipsâ conspirent;

Tabor Barbos. *locuplet. lib. 12. cap. 14. ax. 4.*

Wann auch gleich dieser Zeuge dißfalls auf ein würckliches Legatum 14.
das Absehen geführet hätte / so würde doch solches / theils ob singularitatem, theils auch weil es mit den Worten der Disponentin sub lit. B. gar nicht übereinkombt / sondern vielmehr selbigen enttgegen stehet / in keine Absicht zu nehmen seyn / testis enim unius testimonium tantæ considerationis haud est;

L. jurisjurandi. 9. C. de testib.

cumprimis quando plures aliter deponunt; his enim magis lux veritatis assistit, hique etiam aptiora & vero proximiora in suis testimoniis in præsenti casu expresserunt, ut pertinenter ait Pontifex in

cap. licet. 9. in med. X. de probat.

quia prorsus cum verbis Testatricis convenerunt, quæ sane non

præsumitur frustra locuta;

L. quoties. 12. de reb. dub.

& eapropter ejus verbis tenacissimè inhærendum est;

arg. *L. generali. 32. §. 3. in fin. de usufr. legat.*

præcipuè, si alias nullum habere possent effectum,

Marcus Mantua *sing. 332. n. 2.*

15. Hierzu kombt 6.) daß diese Ehe-Beredung bloßhin in Beyseyn vier Zeugen errichtet worden / und dahero keines Weges darauf zu sehen / ob gleich vor angezeigter massen darinnen versehen / daß nach dem Tod das Hauß denen Eheleuten verbleiben solle / donatio enim, in quâ quinque testes non adhibiti, pro negotio inter vivos reputatur, tametsi mortis mentio in eâ facta fuerit, ceu in terminis cum Menochio, Rolando à Valle, Deciano & aliis tradit

Besold. *Cons. 251. n. 7. part. 5.*

Quibus etiam suffragantur

Klock. *Cons. 4. n. 19. tom. 4.*

Richter. *Cons. 42. n. 98. part. 4. vol. 1. & Cons. 250. n. 6. part. 2.*

16. Wie dann auch 7.) ohnedem in dubio mehr pro actu inter vivos als ultimæ voluntatis die rechtliche Muthmassung / ohngeachtet des Todes an Seiten des Disponenten Erwähnung geschehen / genommen zu werden pfleget / cùm sola mentio mortis ad actum ultimæ voluntatis inducendum non sufficiat, sed potius mortis respectus causaliter & primariò concurrat, necesse est;

L. Seja. 42. §. ult. de donat. mort. caus.

qui si deficiat, effectus saltem & executio in mortis eventum differtur, mortisque mentio habet saltem vim suspendendi haud verò disponendi;

Carpzov. *d. part. 2. const. 12. def. 24. n. 1.*

Brunnemann. *Cons. 173. n. 10.*

17. Wie vielmehr wird 8.) dieses bey gegenwärtigem Fall Platz ergreiffen/

greiffen / da nicht einmal mentio mortis differendæ executionis causa exprimiret / indeme das Hauß denen jungen Eheleuten so bald eingeraumet und mitgegeben / sondern bloßhin der Beysatz geschehen / daß es nach der Catharinen Tod und dem dergestalt zu Ende gelauffenen Einsitz bey ihnen ohnwiderrufflich verbleiben solle / præterquam enim quod verba ohne einigen Widerruff apertissimam differentiam inter actum inter vivos & actum ultimæ voluntatis insinuant, dùm ille revocationi haud subjacet, utique verò hic ut scitè & dextrè in casu non adeò absimili ex juris visceribus inculcat;

Richter. *dict. Cons. 42. n. 136. & 137.*

sanè terminus verbleiben est valdè emphaticus, & duo maximè notatu digna innuit, partim enim juris non novi acquisitionem, sed potius veteris & jam antea acquisiti conservationem denotat, ut nostri doctè observant & cumprimis cum citatis ingeminant

Hondedæus *Cons. 16. n. 17. part. 2.*

Klock. *Cons. 182. n. 221. tom. 3.*

evidenti utique argumento, pacta dotalia de quibus inpræsentiarum agitur, è vestigio consummata nullatenus verò futuro ultimæ voluntatis eventui commissa esse: partim etiam irrevocabilitatem, stabilitatem atque perpetuitatem post se trahit, notanter firmante

Klockio *d. Cons. 182. n. 534. & 541.*

Ob dann zwar 9.) einige von denen Zeugen / diese Redens-Arth 18.
gebrauchet / es sollte das Hauß nach der Catharinen Tod den Eheleuten eigen seyn / ex quo inferendum videbatur; quod demum post mortem ejus dominii compotes fieri debeant, cum terminus eigen dominium importet;

L. Quintus Mucius. 27. §. 2. de aur. & arg. leg.

So ist doch aus dem verbo, mitgegeben / so sie kurtz vorhero exprimiret / zu bemercken / daß sie durch das Wort / eigen / nicht Acquisitionem futuram, sondern dieses allein zu verstehen geben wollen /

wollen / es hätten die Ehe-Leute das Hauß / so sie so bald proprietate simplici & nudâ mitbekommen / die Catharina aber daran den Einsitz reserviret / nach deren Tod auch proprietate plenâ erhalten / und dergestalt mit dem Eigenthumb auch den Usumfructum überkommen / sic enim proprietatis plenæ nomine dominium cum usufructu consolidatum intelligi apertè ostendit Imperator in

§. ult. I. de usufr.

19. Sind dann nun bey allen diesen bewährten Rechts-Gründen gegenwärtige Pacta dotalia in vim contractus errichtet / so folget von selbsten ; daß von der Catharinen das Hauß ohne Vorwissen und Willen der Consulenten zumal nicht der Dotal-Qualität entzogen und die Ehe-Pacten revociret werden können / cùm tralatitium sit, contractum mutuâ voluntate firmatum unius dissensu revocari non posse;

L. sicut. 5. C. de O. & A.

Idque nominatim etiam in pactis dotalibus obtinere exinde apparet, quod legem, quam dixisti, cùm dotem pro alumnâ dares, servari oportere, rescripserint Impp. in

L. legem. 1. C. de pact. convent.

Et utriusque personam in paciscendo necessariam esse, additâ ratione, quia jam acquisita mulieri dos esset, judicaverit

Pomponius *in l. cum dos. 7. de pact. dotal.*

Quamvis enim extraneus dotem dans ab initio legem invitâ quoque muliere adjicere possit, postea tamen in ejus præjudicium, eâ non consentiente, jus semel quæsitum auferre nequit,

Kohl. *de pact. dotal. part. priori. n. 88.*

20. Allermeist da auch 10.) sothane Ehe-Pacten auf keine einige Condition ausgestellt / sondern das Hauß ihnen bloßerdings und ohne einigen Beysatz mitgegeben worden / wie weniger nicht aus denen verkundschaffeten Pactis dotalibus als auch der Catharinen Testament beyden sub lit. A. & B. bemercksam zu sehen. Quando autem dotis

datio

datio facta est purè & simpliciter, nec non cum clausula irrevocabilitatis, tum ne minimus quidem prætextus pro coloranda revocatione sumi potest;

L. donationes. 1. princ. de donat.

adeò ut per mortis mentionem negotium inter vivos esse non desinat,

Mascard. *Conclus. 562. n. 43.*

Einfolglich hat 11.) die Catharina/ als seye ihr von denen Consulenten nichts gutes wiederfahren/ absonderlich aber die versprochene Mühle nicht gebauet/ sie aber hingegen in Ermangelung anderer Güter einige Stücke zu verkauffen/ von ihnen inducirt worden/ mit Bestand nicht vorschirmen können/ Conditiones enim, quæ non exprimuntur, nequaquam subintelliguntur, cùm in facto consistant, & eapropter evidenti probatione opus habeant; 21.

Menoch. *de præs. lib. 4. præs. 175. n. 3. 4. & 5.*

Vielmehr ergibt sich 12.) aus ihrem eigenen Testament sub lit. B. §. letzlich/ daß sie die Condition, dafern ihr gutes geschehen würde/ nicht denen Pactis dotalibus, sondern der heredis Institutioni angehänget/ mithin daß solches geschehen/ durch die beygefügte Worte/ wie bißhero geschehen/ von selbst eingestanden/ conditio autem uni casui adjecta non potest ad alium trahi, 22.

Tabor Barbos. *locupl. lib. 3. cap. 43. axiom. 2.*

& propria eaque in ultimâ voluntate facta confessio rem prorsus notoriam facit, plenèque merita ostendit;

Mascard. *concl. 391. n. 3.*
Scoppa *Observ. practic. 103. n. 67.*

Wie dann auch 13.) die Beylage sub lit. C. dessen mehrerem Beweißthumb darbietet/ indeme daraus zum Vorschein kombt/ welcher Gestalt die Consulenten ein merckliches an sie verwendet/ und sowol durch Bezahlung gemachter Schulden als auch behörige Verpflegung/ ingleichen andere verfügte Nothwendigkeiten ihr kräfftige Assistenz ge- 23.

leistet / quando autem propriæ confessioni ipsius rei evidentia velificatur, tum tanta inde enascitur certitudo, ut nulla ansa aliquid saltem in contrarium præsumendi remaneat,

cap. super hoc. 5. X. de renunc.
cap. in præsentia. 6. eod.

24. Mit was Fug hat auch 14.) die Catharina hierunter gegen dieselbe einige Beschwerde führen können / da sie doch im Hause und Güttern geblieben / und allen davon fallenden Nutzen allein erhoben / quando autem rerum donatarum, vel in dotem datarum fructus retinentur, tum nulla causa revocationis & præsertim quod alimenta non fuerint præstita, prætexi potest, uti in terminis suggerit

Surdus *tract. de Alim. tit. 1. quæst. 48. n. 16.*

cùm sic per accipientes non steterit, quo minus sperata provisio sequi potuerit;

L. Jure Civili. 24. de cond. & demonstr.

Dannenhero wann gleich mehr-ermeldte conditio benefaciendi auch auf die Ehe-Pacten zu erstrecken / oder tacitè darunter zu verstehen / dannoch bey so gestalten Dingen die Consulenten zu entschuldigen wären;

25. Wie sie dann 15.) auch die Kauff-Gelder / so für ein Stuck Baumgarten / ingleichem auch zwey Hopffen-Better gefallen / allein zu sich gezogen / und deßwegen die Consulenten mit einem ungleichen Verdacht / als seye sie von ihnen zu sothanen Verkauff / wie auch Vertauschung eines halben Morgens / induciret worden / zumahl nicht beladen können / nulla siquidem in eos cadere potest suspicio, qui nullam ex negotio alieno utilitatem sperant & percipiunt;

arg. *L. secundum. 10. de R. J.*

26. Allermeist da auch 16.) ersagter Baumgarten allschon vor dem in Anno 1691. errichteten Testament verkauffet gewesen / die übrige Stücke aber mit ihrer freywilligen Einwilligung und Genehmhaltung respectivè verkauffet und vertauschet worden / wie aus denen Original-

Docu-

Documenten sub lit. F. & G. erhellet / præterquam autem quod dolus & inductio ceu delictum nunquam præsumatur;

L. meritò. 51. pro socio.
L. dolum. 6. C. de dol. mal.

& quælibet etiam injusta causa à dolo excuset,

Portius Incol. *Cons. 147. n. 29.*

doli præsumptio nequaquam capi solet in iis, quæ publicè & cumprimis præsente & approbante Magistratu vel Notario geruntur,

L. Jure Gentium. ult. de rit. nupt.

cùm verisimile non sit personas publicas firmâsse contractus, si ulla doli vel conditionis vestigia apparuissent;

L. optimam. 14. in med. C. de contrah. stip.

Vielmehr ist es 17.) an deme / daß die Catharina sich dergestalt 27.
widrig bezeiget / daß die Consulenten bey ihr im Hause nicht bleiben können / sondern mit ihrer höchsten Ungemächlichkeit sich anders wohin begeben müssen / culpam autem non potest aliis imputare, quæ ipsa causa suæ culpæ extitit;

Klock. *Cons. 135. n. 88. tom. 3.*

Bleiben demnach / Vermög aller der Länge nach ausgeführter Rechts-Gründen / offt-berührte Pacta dotalia in ihrem völligen vigor, und leyden durch die von der Catharinen gethane Revocation keinen Anstoß;

So ergibt sich auch 18.) von selbsten / daß der von selbiger unter- 28.
nommene und sub lit. E. angelegte Kauff sothaner Dotal-Wohnung ipso jure null und nichtig / und solchem zu Folge dieselbe denen Consulenten wiederum abzutretten seye / cùm enim dotis titulus jam tum dominii translativus,

§. 40. in fin. de A. R. D.
tot. tit. pro dote.

certò cum effectu & perpetuitate talis manet, quando cum clau-

ſula irrevocabilitatis, ut hoc loco, eſt conjunctus;

arg. *L. donationes. 1. princ. de donat.*

29. Woran beſchließlich und 19.) im geringſten nicht zu zweiffeln/ weil allhier nicht dos profectitia, ſondern adventitia ſive ab extranea perſona, conſtituiret worden/ explorati autem juris eſt, dotem ab extraneâ perſonâ conſtitutam cenſeri donatam, quando nullam conditionem adjecit, neque ejusdem reſtitutionem nominatim ſtipulata eſt;

L. ſi dotem. 24. C. de Jur. dot.
Honded. *Conſ. 91. n. 74. part. 1.*
Manzius *ſpecial. Jur. comm. voc. favor dotis. n. 17.*
Maſcard. *de Prob. concl. 572. n. 1.*
Kohl. *de Pact. dotal. part. priori n. 53.*

30. Dannenhero die Catharina ſothane Behauſung um ſo weniger alieniren können/ neque enim in alienis rebus quicquam contra domini voluntatem facere licet;

L. de quæſtione. ult. C. de Pact.

Et quod noſtrum non eſt, ſine facto noſtro nobis auferri nequit;

cap. id quod noſtrum. 11. de R. J. in 6to.
Vultej. *Conſ. Marp. 25. n. 59. vol. 2.*

Marito itaque ſicut jus vindicandi dotem competit,

L. doce. 9. C. de R. V.

ita dubium nullum quin etiam has ædes ipſius dominio ſemel ſubjectas à præſenti emptore, tanquam illegitimo poſſeſſore, vindicare valeat.

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

31. WJe wenig nun Eingangs erregte Zweiffel-Gründe hierbey etwas verfangen können/ ſolches wird nunmehr aus vorſtehender per Ratio-

Rationes Decidendi gethaner und mit dem Facto vereinbarter Vorstellung gar leichtlich zu erkennen seyn / und zwar daß keine Conditio denen Ehe-Pacten inseriret worden / hat man sub Rat. Decid. 10. und vielen nachfolgenden gezeiget / wordurch der Erste seine abhelffliche Maase bekombt / der Zweyte wird per evidentiam facti contrariam, so sonderlich sub Rat. Decid. 14. berühret / nicht weniger auch der Dritte per Rat. Decid. 12. 13. 14. 15. 16. & 17. erlediget. Wiewohl auch hierbey zu beobachten / daß Analogiæ juris allerdings zuwiderlauffe / dotis lucrum ob ingratitudinem revocari posse, disertis enim verbis aliud & diversum reperitur cautum in Rescripto;

L. si dotem. 24. C. de jur. dot.

Und thut keine Hinderung / daß allda de ingratâ uxore geredet werde / quæ ingratitudine sua non possit obesse marito innocenti, cui lucrum dotis obvenire debeat, massen wann gleich der Maritus mit und beneben der Frauen in gleicher Beschuldigung stünden / dannoch derentwegen dos nicht revociret werden könte / eines Theils / quia dotis datio sapit speciem donationis ob causam & contractus onerosi, cujusmodi ob ingratitudinem revocari nequit, ceu hanc rationem allegat

Clarus *lib. 4. sentent. §. donatio. quæst. 21. n. 4.*

cumque sequitur

Brunnemann. *ad dict. L. 24.*

andern Theils und hauptsächlich darum / quia dos non datur saltem intuitu Conjugum, sed & liberorum susceptorum & suscipiendorum, quibus culpa Parentum obesse haud debeat, uti more suo accuratè judicat, hocque modo Senatum Pedemontanum pronunciasse refert

Faber. *in Cod. lib. 8. tit. 38. def. 1.*

Dem vierdten Einwurff begegnet der sub Rat. Decid. 15. & 16. berührte Umbstand; wie auch warumb sie von der Catharinen ab- und sich anders wohin begeben / das 17. Moment. Woraus dann auch 3.

 offen-

offenbahr zu ersehen / daß eben hierdurch die Consulenten sich ihres einmahl am Dotal-Hauß erlangten Dominii gar nicht begeben / mutatio enim domicilii & dimissio possessionis tum demum pristina jura aufert, quando conjuncta est cum animo hisce omnibus renunciandi, adeò ut iste animus propter præsumptionem contrariam probari debeat;

Gail. *lib. 2. Obs. 35. n. 7.*
Carpzov. *lib. 6. resp. 40. n. 17.*

Ast verò tali animo Consulentes nequaquam discesserunt; partim quod hoc fuerint necessitate compulsi, ut sub Rat. Decid. 17. notatum, in necessitatibus autem nemo censetur esse liberalis;

L. rem legatam. 18. de adim. vel transf. legat.

partim etiam quòd exactionem dotis post discessum illum uxor mariti in litem eo absente deduxerit & contra Catharinam persecuta fuerit, ut videre est ex tenore documenti sub lit. H.

Die sub Rat. Dubit. 5. vermeldete Revocation wie auch der sub Rat. 6. verfügte Kauff kan im geringsten nicht bestehen / wie per Rat. Decid. 3. & multas seqq. nicht weniger Rat. 19. & 20. offenbar bewähret worden;

Was aber von der sub Rat. Dub. 7. angerührten Transaction zu halten seye / wird die nachfolgende Frage mit mehrerem vorstellig machen.

QVAESTIO II.

33. DJe andere Frage anreichend / ob wohl der sub lit. H. angelegte Transact in allen Stücken gültig zu seyn / und berührter Vindication im Wege zu stehen scheinet / indeme der eingeklagten Braut-Gifft dadurch allerdings renunciiret / anbey auch alle und jede Anforderung gäntzlich und völlig aufgehoben worden / cùm transactio non saltem jura in litem deducta, verùm etiam, si generalis sit, omnia tàm expressa quàm non expressa perimat, eaque pet pœnitentiam

tiam resuscitari nullo modo patiatur;

L. siquidem. 24. C. de transact.
Wesenb. *Cons. 15. n. 50. part. 1.*
Mantica *de tac. & amb. conv. lib. 26. cap. 6. n. 8.*

Bevorab da selbige auf vorher gegangenen genugsame Untersuchung / bewegliches Zureden / und endliches Gutbefinden der Obrigkeit / auch in Beyseyn anderer feiner und gelährten Leut errichtet und von allen dabey gewesenen unterschrieben worden / wie aus erwehnter Beylage H. zu sehen / transactio autem prævia causæ cognitione & approbatione Judicis nec non applausu Virorum honestorum & probatorum firmata inconcussam authoritatem habere; 34.

Carpzov. *lib. 5. Resp. 54. n. 11.*

& transigentes arctius ad observantiam constringere debet;

Mevius *part. 7. decis. 23. n. 9.*

Alldieweil jedoch der klare Buchstabe sothanen Vertrags darleget / daß selbiger allein zwischen des Consulenten Haußfrauen / und der Catharinen beliebet / Henrich K. aber deren Ehemann als Consulent dazu nicht gezogen / noch dessen Genehmhaltung erwartet / aber wenigstens vorbehalten worden / so kan selbiger zumal nicht bestehen / noch ihme Henrich K. an seiner rechtmäßigen erlangten Vindication einige Hinderung thun / mulier siquidem non potest fundum dotalem, utpote in dominio Mariti existentem alienare vel transigendo remittere; 35.

dict. §. 40. J. de A. R. D.

cùm propterea ei datus sit, ut exinde onera matrimonii ferre debeat;

L. dotis. 7. princ. L. si iis. 56. §. 1. & passim. de jur. dot.

Eâque de causa Marito integrum manet, alienationem de facto à muliere interpositam retractare dotemque vindicare;

Brunnemann. *ad L. 1. princ. de fund. dotal.*
& ad L. 23. C. de jur. dot.

Quin

Quinimò ipsa quoque mulier constante matrimonio non potest doti suæ præjudicare, idque propter usum ejus necessarium & publicum, favorem matrimonii concernentem,

L. de die. 14. L. Atilianus. 17. de pact. dotal.

adeò ut renunciationem à se factam tanquam nullam ipsa impugnare possit;

Surdus *Cons. 136. n. 15. & 16.*

Quamobrem nec confirmatio Magistratus & honestorum virorum interventus transactionem sustentat, cùm hâc ratione actus in se nullus salvari & roborari non possit, uti in terminis innuit

Besold. *Cons. 44. n. 90. part. 2.*

corruit siquidem confirmatio quando fit super actu haud valido;

Modestin. Pistor. *Cons. 35. n. 12. vol. 1.*

QVAESTIO III.

36. Letzlich nun auch auf die dritte Frage zu kommen / so kan sothanes Testament sub lit. I. so wenig als ein Scriptum, als wenig tanquam nuncupativum gültig seyn / cùm ea, quæ in utroque desiderantur, non ex asse fuerint adhibita, cumprimis verò conspectus ejus edoceat, quod septenario testium numero haud sit vallatum;

vid. Menoch. *de Præsumpt. L. 4. præs. 2. n. 15.*

Besold. *Cons. 204. n. 1. & mult. seqq. p. 5.*

37. Es scheinet jedoch / daß selbiges als ein Codicill, theils propter expressam defunctæ voluntatem, theils auch propter adjectionem clausulæ, omni meliori modo, salviret werden könne / præprimis cùm ad ejus confirmationem quinque testes fuerint adhibiti, quos eâ in re sufficere constat;

L. ult. C. de Codicill.

Nichts

Nichts destoweniger aber / alldieweil in Facti Specie unter andern 38.
auch enthalten / daß die Zeugen allererst etliche Tage nach errichtetem Testament dasselbe unterschrieben hätten / so ist es an deme / daß sothaner letzter Wille auch nicht einmahl als ein Codicill bestehen könne / cùm ad eorum quoque validitatem ac subsistentiam requiratur, ut uno eo tempore, quo hi conditi, testes fuerint adhibiti, per

dict. L. ult. §. ult. C. de Jur. Codic.

Welches auch ebener Gestalt in donatione mortis causa Platz ergreiffet / als welche hiedurch gleichfalls unterbrochen wird / wann die Zeugen uno contextu derselben ihre abhelffliche Maas keines Weges geben helffen /

Berlich. *part. 3. concl. 2. n. 19.*
Manz. *de Testam. tit. 4. q. 1. n. 153. in fin.*

Und dieses alles nicht ohne Ursach / massen wann dergleichen letzter Will durch einen andern auf Geheiß des Disponenten geschrieben wird / so muß selbiger ihnen wiederum vorgelesen und von denen Zeugen genau angemercket werden / ob derselbe allerdings mit dem jenigen / was an Seiten des Disponenten ausgeredet und zu verzeichnen anbefohlen worden / übereinstimmen / wie wohl versehen

in Constit. Maxim. *de Anno 1512. rubric.* von *Testamenten.*
§. weiter so ist.

Solches aber kan nicht wohl geschehen / sondern vielmehr ein Verstoß vorgehen / wann sothane Relection, wovon auch in diesem letzten Willen nichts zu befinden / verbleibt / und die Zeugen / nach Verlauff einiger Tagen / dasselbe unterschrieben / wie cum Besoldo dextrè bemercket

Manzius *dict. tract. tit. 5. quæst. 8. per tot.*

CONSILIUM seu RESPONSUM *XXII.*

Quando Pacta dotalia in vim ultimæ voluntatis vel instar contractus erecta?
An præter paciscentium consensum & subscriptionem etiam Testium præsentia ad eorum subsistentiam pertineat?

Wann die Ehe-Pacten in Formb eines letzten Willens oder Contracts errichtet worde?
Ob benebenst dem Consens und Unterschrifft der Vertrauten / darbey auch gewisse Zeugen erfordert werden?

SUMMARIA.

1. *Pacta dotalia speciem donationis mortis causâ vel alterius cujuslibet ultimæ voluntatis sapiunt, quoties mentio mortis in iis facta.*
2. *Terminus* Erblich *Juris hereditarii est indicium, & successionem secum trahit.* vid. tam. num. 7.
3. *Quando pacta nuptialia non in vim ultimi elogii verum potius conventionis celebrata esse arguantur?*
4. *Quoties res quædam singulares nec non bona mobilia in pactis dotalibus assignata fuerunt, toties hereditas prorsus excluditur.*
5. *Pacta mutua in casum non existentium Liberorum erecta non promissionem successionis futuræ sed obligationem conditionalem continent.*
6. *Et ratione obligationis sunt subitò efficacia, ac non nisi quoad effectum & executionem mortem respiciunt.*
7. *Quando res duntaxat particulares assignatæ, vocula* Erblich *haudquaquam illationem juris hereditarii sed potius vim & effectum pactionis respicit.*
8. *Pacta dotalia in vim contractus aliter haud valent, quàm si in præsentiâ duorum, aut trium testium conscripta & subscripta*

scripta fuerint. vid. num. 17.

9. & 10. *Idq; non solum Constitutione Saxonicâ, sed & authoritatibus aliis firmatur, refutatur autem.* num. 17.

11. *Quævis pacta solâ paciscentium voluntate ac consensu corroborantur, intantum ut subscriptio sufficiens Testimonium perhibeat, nec testibus opus sit.*

12. *Moribus introductum, ut pacta dotalia successionem continentia quinq; testium interventu præcisè firmari debeant, circa pacta autem, quæ inter vivos celebrantur, nil mutatum reperiatur.*

13. *Scriptura non ad substantiam sed tantùm fidem ac probationem desideratur, idq; etiam in pactis dotalibus obtinet.*

14. *Quoad pacta dotalia aliasve conventiones idem jus esse debet.*

15. *Pro instumento veritatis militat præsumptio, & ex subscriptione consensus & plena probatio inducitur.*

16. *Sufficit Testes deponere de iis quæ per sensum visus vel quandoq; auditus perceperunt. Quando comparatio literarum locum inveniat?*

17. *Ad universalem legis abrogationem non aliquot locorum observantia sufficit, sed omnium & singularum Provinciarum requiritur, idq; in specie circa pacta dotalia obtinere ostenditur?*

18. *Pars solennitatis citra legis applausum & confirmationem constitui nequit.*

19. *Periculosum est lege neglectâ Interpretum authoritatem sequi.*

RESPONSUM.

Auf die mir Ends-Bemeldtem in Copiâ überschickte Ehe-Beredung mein Rechtliches Bedencken dem Verlangen nach zu eröfnen / so fallen hierbey zwey Fragen zu entledigen für: Erstlich ob dieselbe per modum Contractus, oder hingegen ultimæ Voluntatis errichtet seye? Zum andern / ob selbige dannoch / daß solche allein von denen Vertrauten unterschrieben / keine Zeugen aber dazu gezogen worden / salviret werden können?

QUÆSTIO PRIMA.

Soviel die Erste betrifft / obwohl dieselbe einen letzten Willen ähnlich zu seyn nicht geringe Ursachen zu begründen scheinen;

RATIONES DUBITANDI.

1. Indem an einem Theil deren Innhalt in §. 4. & 5. auf eines oder der andern tödtlichen Hintritt gerichtet worden / sapiunt autem Pacta dotalia speciem donationis mortis causâ, vel alterius cujuslibet ultimæ voluntatis, quoties mentio mortis in iis facta, ceu post Bartolum, Jasonem & Alexandrum consuluit

Brunnemann. *Cons. 165. n. 22. & seqq.*

cùm sola mentio mortis tantæ sit efficaciæ, ut nullam aliam, quàm mortis causâ concessionem inducat;

Besold. *Cons. 147. n. 30. & 31. part. 4.*

ubi hanc opinionem communiter approbari cum Decio notabiliter subjungit.

2. Am andern Theil aber darinnen zugleich versehen worden / daß das Uberlebende die vom Verstorbenen zugebrachte Mobilien erblich haben und behalten solle: Terminus autem Erblich juris hereditarii est indicium, & successionem secum trahit,

Klock. *Cons. 182. n. 601. tom. 3.*

adeò ut licet vi pacti certa saltem quota deferatur, tamen ea successionis jure capiatur, & eatenus repræsentatio personæ defuncti inferatur;

Klock. *Cons. 114. n. 43. tom. 3.*

RATIO-

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

Alldieweil jedoch 1.) diese Ehe-Beredung auf eine verbindliche und 3.
immer bestehende Abrede ausgestellet worden / allermassen am Ende vermeldet wird / daß selbige zu mehrerer Bestättigung auch steter Festhaltung in duplo ausgefertiget und von beyden Theilen unterschrieben und untersiegelt worden / nicht weniger auch im Eingang Meldung geschehen / daß ein Ehe-Verlöbnus abgeredet und geschlossen worden / clausulæ autem hæ proëmiales ac finales nonnisi contractibus atque obligationibus adæquatè conveniunt, ac proinde pacta hæc nuptialia non in vim ultimi elogii verum potius conventionis celebrata esse arguunt, ceu cum Sandero & Strykio innuit

Harprecht. *Conſ. 18. n. 52. & ſeqq.*

nec non ita in Dicaſt. Jenenſi pronunciatum eſſe refert

Lyncker. *part. 2. deciſ. 670.*

Nebſt deme 2.) eines dem andern nit ſein gantzes Vermögen ſondern 4.
eine gewiſſe Anlage an Geld loco dotis & donationis propter nuptias wie auch alle zugebrachte Mobilien zu haben und zu behalten darinnen accordiret / quoties autem res quædam ſingulares ſive ſummæ nec non bona mobilia, alteri obvenire debent, toties hereditas ſive ſucceſſio futura prorſus excluditur, uti magno Doctorum catalogo adducto probat

Harprecht. *dict. loc. n. 226. & ſeqq.*

eò quòd cætera bona nec non jura & actiones heredibus reſerventur,

Klock. *Conſ. 123. n. 147. tom. 3.*

uti etiam in præſentibus pactis factum eſſe apparet ex

§. 4. in fin.

Da nun die Interpp. diese Opinion dahin appliciren / ut heredes res & summas in Pactis dotalibus assignatas teneantur præstare, licet paciscentes non fuerint usi verbis obligationem personæ manifestè respicientibus, wie dessen Erwähnung thut der fürtreffliche JCtus

Kohl. *tract. de Pact. n. 54. & 55. parte alter.*

So wird solches umb so mehr allhier Platz ergreiffen / da zwischen denen Verlobten eine Personal-Verbindlichkeit beliebet / und solche auf einige stetige Festhaltung gestellet worden / wie num. 1. dargethan.

5. Hierzu auch 3.) kombt / daß die Verlobten bey dem jenigen / was sie einander zugedacht / den Fall / wann sie ohne Leibs-Erben versterben würden / mit klaren Worten ausbedungen / pacta autem mutua sive vicissitudinaria in casum non existentium liberorum erecta non continent promissionem successionis futuræ, sed obligationem conditionalem, si nulli liberi extent, quæ obligatio conditione eveniente ad tempus conventionis retrotrahitur, & pro pura habetur;

L. 8. §. 1. de peric. & comm. rei vend.
Gail. *lib. 2. Observ. 126. n. 2. seqq.*

6. Diesem allem aber 4.) die vorhin entgegen gestellte mentio mortis keinen Abtrag thut / in Betracht / daß selbige in dem Fall / da Pactiones matrimoniales nur auf gewisse Gütter zielen / das Absehen allein auf den erfolgenden Todes-Fall führen / deren Wesen aber und Validität gar nicht unterbricht / cùm talia Pacta ratione obligationis sint subitò efficacia & perfecta, & nonnisi quoad effectum & executionem, mortem respiciant, siquidem illud, quòd in ea deductum, debetur, & dies obligationis quidem cessit, sed nondum venit;

L. 213. de V. S.
Tabor. *de Pact. dotal. cap. 7. n. 2. sub fin.*
Cothmann. *Respons. 78. n. 176. vol. 2.*

7. Eben wenig 5.) und Letztens die angegebene Qualitas Juris hereditarii verfänglich seyn kan / cum enim hoc loco nec hereditas nec pars ejus delata fuerit, sed res duntaxat particulares assignatæ, sa-

nè

nè vocula Erblich non modum devolutæ successionis, & illationem juris hereditarii, sed potius vim & effectum pactionis & transactionis respicit, superstitem scilicet personam ex desponsatis non saltem pro se sed & heredibus suis bona illa retinere debere, ut benè observat, eamque ob causam etiam in contractibus voculæ illius usum esse ostendit

Stryck. *tract. de caut. contract. sect. 3. cap. 8. §. 22.*

semper enim verba accipienda & intelligenda sunt secundum subjectam materiam & naturam rei, de quâ agitur

Klock. *Cons. 182. n. 90. tom. 3.*

ita ut subjecta materia verborum amussis & canon indubitatus reputetur;

L. 15. §. 4. locat.

Zasius *lib. 1. sing. Resp. cap. 6. n. ult.*

de quâ re hoc loco tantò minus dubitandum, quo contrahentes §. 4. & 5. verbis: haben und behalten: usi fuerunt, quibus pacta dotalia non mixta, verum simplicia indicari dilucidè scribit

Stryck. *dict. loc. §. 21.*

Also ist es an deme / daß diese Heyraths-Pacta zumal nicht in vim ultimæ Voluntatis, sondern vielmehr Contractus abgeredet und errichtet worden seyen.

Bey welcher Bewandtnus nun auch

QVAESTIO ALTERA

Zu erörtern vorfällt / ob beneben dem Consens und Unterschrifft der Vertrauten auch grosse Zeugen dazu erfordert werden müssen?

RATIONES DUBITANDI.

Wann man auf etlicher Rechts-Lehrer Meynung Achtung giebt / 8.
so die Anwesenheit und Unterschrifft wenigstens zweyer Zeugen für

für ein nothwendiges Stück erfordern / so wird ersten Anblicks der Ausschlag sich gar leichtlich ergeben / Pacta siquidem dotalia 1.) in vim contractus aliter haud valent, quam si in præsentia duorum vel trium testium conscripta & subscripta fuerint, eo quòd tum demum legitimè contracta censeantur, verba sunt

Richteri *decis. 25. n. 24.*

ubi notabile præjudicium præsenti casui valdè conveniens subjicit, & ita sæpius pronunciatum fuisse commemorat.

9. Et quamvis ibidem ad Constitutionem Saxonicam provocet, idem tamen 2.) sentit ab eo allegatus

Cothmann. *Respons. 21. n. 21. vol. 1.*

Ad id, ait, ut pacta dotalia in vim contractus subsistant, necessarium est, ut vel in præsentiâ duorum aut trium testium conscripta & subscripta sint, vel saltem tot personis probari possint.

10. Sic etiam 3.) interventum testium partem solennitatis quoad hæc pacta esse commemorat

Stryck. *citat. loc. §. 16.*

Expressè siquidem ibidem ad solennia eorum refert, ut legitimus testium numerus adhibeatur, & nominatim in iis, quæ per contractum fiunt, duos intervenire debere subnectit.

RATIONES DECIDENDI

11. DEssen allem aber ohngeachtet wird am sichersten seyn / dergleichen Pacta Dotalia nach denen offenbahren Grund-Sätzen der Rechten abzumessen / und daß weiter nichts als der Vertrauten Einwilligung und Unterschrifft hierzu erfordert werde / dem festen Schluß zu machen; dann einmal ist 1.) überflüßig bekannt / quòd quævis pacta solâ paciscentium voluntate ac consensu corroborentur;

L. 1. & passim de pact.

& quan-

& quando ea in ſcriptis inita, ſubſcriptio de enixo partium arbitrio ſufficiens teſtimonium perhibeat,

L. 8. §. 15. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.

cùm quisque ſibi noceat ſubſcriptione ſuâ, ſi potuiſſet contradicere;

L. 26. §. 1. de Pignor.
L. 2. C. ſi res alien. pign.

Unde ſi de tali conſenſu & ſubſcriptione conſtat, nullis utique teſtibus opus eſt, cùm teſtes & inſtrumenta à pari procedant;

L. 15. C. de Fid. Inſtrum.
Bartol. *in L. 6. §. 10. de Edend.*
Menoch. *remed. recup. 1. n. 198.*

Idque nominatim ad cauſam Pactorum dotalium applicat

Beſold. *Conſ. 147. n. 32. & ſeqq.*

dum ait: quod pacta dotalia inter vivos teſtibus etiam duobus probari poſſint, ac item inſtrumentis, atque adeò ſolo ſigillo & ſcripturâ ejus, cujus de re agitur.

Woran 2.) deſtoweniger zu zweiffeln / da allein moribus eingeführet worden / ut Pacta dotalia ſucceſſionem continentia inſtar alterius ultimæ voluntatis erigi poſſint, quinque tamen teſtium interventu præciſè firmari debeant, ceu concors hæc omnium Interpretum opinio, comprobantibus 12.

Mevio *ad Jus Lubec. p. 2. t. 1. ad rubric. n. 103.*
Franzkio *Lib. 3. reſol. 1. Sect. 5. n. 538.*
Kohlio *de Pact. dot. part. alter. n. 71. & 76.*

circa Pacta autem, quæ inter vivos celebrantur, nil quicquam mutatum reperiatur; & proinde meritò juri communi inſiſtere teneamur,

L. 32. §. ult. C. de appellat.

cùm ſemper ea aſſumi debeat interpretatio, quæ juri communi conſona,

L. 11. §. 1. de muner. & honor.
cap. 29. de Elect. in 6to.

& per quam ab ejus mente minimè receditur;

L. 54. §. 1. locat.
Sixtin. *Consil. Marp. 10. vol. 1.*
Godazin. *Cons. 74. n. 9. & cons. 59. n. 20.*

Hinc Dd. instar Brocardici tradiderunt: quod Pacta dotalia per modum contractus inita etiam sine testibus valeant, si modò ex scripturâ aut alio modo probari possint;

Bacchov. ad Treutl. *vol. 2. disp. 7. th. 7. lit. A. verb. talia Pacta consuetudo Germaniæ. sub fin.*
Eckolt. *ad Pandect. tit. de Pact. dotal. §. 2.*

13. Hierzu kombt 3.) die gemeine Theorica wohl zu consideriren/ quòd fiant scripturæ de his, ut quod actum est, per eas facilius probetur, ceu loquitur

Gajus in *L. 4. de fid. Instrum.*

Ita ut etiamsi dictum fuerit, quod super re gestâ Instrumentum confici debeat, tamen non ad substantiam, sed tantum fidem ac probationem illud desideretur,

Mevius *part. 3. decis. 342.*
Carpzov. *p. 2. const. 33. def. 13. n. 1.*

cùm aliud sit velle, ut contractu perfecto scriptura conficiatur, aliud verò, ut contractus in scriptis fiat;

Anton. Faber. *lib. 4. C. tit. 16. def. 13. & 23.*

Da nun solcher Rechts-Grund auch in Pactis dotalibus Platz ergreiffet/ obgleich moribus an einem Ort eingeführet seyn mögte / ut tabulæ nuptiales scribi ac signari debeant, quia sufficiat, quòd rei gestæ veritas per testes ac pactorum dotalium conciliatores & pararios probari possit, wie dißfalls anrühret

Abrahamus à Wesel. *de connubiali bonorum societ. & pact. dotal. tract. 2. cap. 1. n. 7.*

So

So will sich auch nicht wohl hören lassen / quòd testium subscriptio ad solennitatem horum pactorum pertineat, eâque cessante eorum vis corruat, eadem enim est vis instrumenti, quæ testium & vice versa;

L. 15. C. de fid. instrum.

Welchem 4.) sonderlich beyschlägt / daß sonsten auch bey allen Conventionibus nothwendig und unumgänglich zwey Zeugen erfordert / bey deren Ermanglung aber dieselbe gäntzlich zerfallen und vernichtet werden müsten / welches ab absurdo genommene Argument sonderlich contra Treutlerum anführet 14.

Bacchov. *loc. antea citat.*

cùm ratio diversitatis inter Pacta dotalia aliasve conventiones adduci non possit, & proinde quoad hæc omnia idem jus esse debeat,

L. 32. ad L. Aquil.

Klock. *de Contrib. cap. 13. sect. 2. n. 64. & seqq.*

Und hindert 5.) nicht / wann man sagen wollte / es könnte bey der Unterschrifft einer oder anderer Person / obs auch deren Hand seye / einiger Zweiffel erreget werden / welcher anderer Gestalt nicht als durch die jenige Zeugen / so dabey gewesen / und die Ehe-Beredung mit unterschrieben / gehoben werden könte / zumahl da ausfündigen Rechtens / quòd pro Instrumento etiam militet præsumptio veritatis, 15.

§. ult. Inst. de fidejuss.

Ita ut, qui illud reprobare intendit, non prius audiatur, quam causam expresserit, ex quâ se falsum dicere contendat, per tradita

Herculani *tr. de prob. negat. n. 287.*

cumprimis cum ex subscriptione nominis jedicetur consensus;

Brunnemann. *cent. 3. decis. 27. in fin.*

adeò ut plena inde probatio inducatur;

Carpzov. *lib. 3. Respons. 6.*

& eapropter, qui subscriptionem illam ab eo, qui inibi nominatur, factam esse negat, probare illud tenetur, cum negativa probanda sit ab eo, qui in eâ fundamentum intentionis ponit,

Herculan. *dict. tract. n. 4.*

sive id fiat agendo, sive excipiendo, ut docte monet

Vultejus *Cons. Marp. 30. n. 69. vol. 3.*

16. Massen hierauf zu wissen / daß nervus Elenchi hierbey wohl in acht zu nehmen seye / indem allhier nicht die Frage / ob in solchem Fall / da die Ehe-Pacten von keinem Zeugen unterschrieben worden / die Unterschrifft der Paciscenten als tadelhafft angegeben / und auch durch andere Zeugen impugniret werden könne? Sondern vielmehr davon / ob bloß um deßwillen / daß keine Zeugen zu deren Unterschrifft erfordert worden / dieselbe als nichtig angegeben und verworffen werden können / obgleich selbige mit bey der Paciscenten Unterschrifft verwahret worden? Und nachdem dieser letzteren ihre völlige abhelffliche Maase durch die vorhin angeführte Gründe gegeben worden / so dienet auf jene zur Nachricht / daß / wann einige Zeugen bey Errichtung der Ehe-Pacten gewesen / durch selbige entweder der nicht wohl abgefaste Innhalt oder auch die Richtigkeit der Subscription erwiesen werden könne / wann gleich deren Unterschrifft dabey ermangelt: cùm sufficiat testes deponere de illis, quæ per sensum visus, vel quandoque auditus perceperunt;

L. 16. C. de Testib.
L. 28. de probat.
L. 2. §. 8. de aq. & aq. pluv. arc. act.
Colleg. Argent. *ad tit. de testib. n. 12. in fin.*

Wofern aber gar keine Zeugen dazu erfordert worden / auch wegen Abgang eines von denen Paciscenten zu dem ordinario remedio recognitionis nicht zu gelangen / so wäre alsdann erlaubet / sich mit dem Juramento diffessionis oder auch mit dem remedio extraordinario comparationis literarum zu prospiciren / cùm tale locum inveniat,

sive

ſive agatur de Scripturâ confirmandâ, ſive de impugnandâ.

Zubro. *tract. de Comparat. lit. cap. 9. §. 1.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Dieſer dergeſtalt hergeſtelten Meynung vermögen die Oblauts an- 17.
geregte Zweiffel-Gründe keinen Abbruch zu thun / immaſſen der beym erſten angeführte Richter ſich auf das Jus Saxonicum zu beziehen ſcheinet. Nicht weniger auch der in Ration. 2. angezogene Cothmann ſich allein der Wittenbergenſium & Lipſienſium Beyfall / ſo gleichfalls von ſolchem Jure ſingulari reden / bedienet. So mag auch etwa doctrina Stryckii auf gewiſſe Oerter / wo ein anders hergebracht / gerichtet ſeyn. Dem ſeye nun wie ihm wolle / ſo iſt eine behutſame und überall verträgliche Cautel bey denen hin und wieder vorkommenden Traditionibus Doctorum in acht zu nehmen;

Und zwar / daß 1.) nicht genung an einem oder dem andern Ort etwas recipiret zu ſeyn / und beſonders / daß im gegenwärtigem Fall Pacta dotalia inter vivos wenigſtens von zweyen Zeugen unterſchrieben werden müſſen / ſondern es müſſe vielmehr genau beygebracht werden / das was dißfalls Juri communi verſehen / Lege vel conſuetudine generali in Imperio verändert und aufgehoben worden ſeye. Non enim ad univerſalem legis abrogationem aliquot locorum obſervantia ſufficit, ſed omnium & ſingularum provinciarum requiritur, ceu cum Beſoldo accuratè & notabiliter tradit

Tabor. *tr. de altero tanto. part. 4. artic. 7. th. 14.*

ne alioquin in poteſtate unius vel alterius Interpretis aut etiam Judicis ſit, jura providè ſancita convellere, & vel ſub velamine conſuetudinis, aut etiam æquitatis juri partis quæſito derogare; quod acriter cum Celſo perſtringit Paulus in

L. 191. §. 3. de V. O.

dum scribit: Esse hanc quæstionem de bono & æquo, in quo genere sub authoritate juris scientiæ plerumque perniciosè erratur.

Da nun extra controversiam ist / quod nulla lex generalis in contrarium circa pacta illa dotalia lata sit, nicht minder auch kein einiger JCtus, soviel man Nachricht hat / de simili consuetudine abrogatoria einiges Zeugnus beygeleget / und beweißlich gemacht / so ist auch niemand verstattet / sich dißfalls à dispositione Juris communis loß zu würcken / und dessen Authorität eigenmächtig zu unterbrechen.

18. Wie dann 2.) partem solennitatis constituere citra legis applausum & confirmationem ohnmöglich geschehen kan /

arg. *L. 1. l. 5. §. 5. l. 7. §. 3. & passim de reb. eor. qui &c.*

cùm id, quod jus sive constitutio non requirit, nulli desiderare conveniat;

L. 8. de public. in rem act.

Imò quod à jure non requiritur, non sit superstitiosè efflagitandum.

Roland. à Valle *de Invent. p. 3. qu. 52.*
Nolden *de Stat. Nobil. cap. 16. §. 154. in fin.*

So ist auch 3.) nicht thunlich / daß eines oder des andern Rechts-Lehrers Meynung in einer Sachen / da ein anders aperto Jure sanciret / zum Grund einer Klage oder Ausflucht geleget werde / periculosum siquidem est, lege neglectâ, nudam sequi authoritatem eorum, qui facultatem legis condendæ non habent, dextrè itidem monente

Tabore *dict. tr. p. 2. artic. 2. th. 13.*

& dicta nonnullorum Interpretum, personatis sequi pedibus, magis errare, quam decidere reputatur,

Hartmann. Pistor. *lib. 1. quæst. 24. n. 37.*

adeò ut si Judex ea secutus fuerit, litem suam faciat, pœnamque incurrat;

L. 2. ubi Dd. C. de pœn. Jud. qui malè judic.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XXIII.

Quatenus Mulier, quæ mediante ante nuptiali sibi prospexit, ad æs alienum à Marito contractum obstringatur.

Wie weit eine Frau vor ihres Manns Schulden / worgegen selbige in denen Ehe-Pacten sich verwahret / zu stehen verbunden?

Ad recipiendam solutionem nec non compensationem quænam requirantur?

Was zu Erhebung einer Schuld-Forderung und Compensation ferner erfordert werde?

De Fidejussione per Instrumentum cautionis Creditori transmissum celebratã.

Von einer Verbürgung / so vermittelst eines dem Creditori übermachten Cautions-Scheins eingegangẽ wordẽ.

An Forum contractus vel domicilii ratione fidejussionis & fori inde fundandi attendatur?

Ob auf das Forum Contractus oder Domicilii wegen sothaner Bürgschafft das Absehen zu nehmen?

An Mulier pro debito à Marito ante Matrimonium contracto interveniens eoque nomine indemnitatem promittens efficaciter obligetur?

Ob eine Frau vor die von ihrem Mann vor ihrer Verheyrathung gemachte Schuld/wovor selbige sich nachgehends eingelassen und gut gesprochen/ zu stehen/ mit Bestand geheißen werden könne?

SUMMARIA.

1. *Æris alieni ante matrimonium initum contracti solutio ex Bonis duntaxat ejus Conjugis, à quo illud provenit, facienda.*

2. Mulier

2. *Mulier nisi Creditum in ejus utilitatem versum probetur, nullatenus inde obstringitur.*

3. *Quando mulier mediante pacto antenuptiali sibi prospexit, ne quidem intuitu societatis universalis illimitatæ tenetur.*

4. *Quilibet conjugum suum æs alienum solvere nec Uxor pro Marito obstringi debet.*

5. *Aliud est Mandatum exigere, aliud verò solutionem recipere, neq; prius est posterioris illativum.*

6. *Ad recipiendam solutionem semper speciale Mandatum desideratur. Quænam inter mandatum singulare & speciale sit differentia?*

7. *In Mandatis etiam dubiis solutio nequaquam subauditur, sed nominatim probari debet.*

8. *Negativa quando probata censeatur? Mandatum cumprimis speciale non præsumitur, sed ejus tenor probari debet.*

9. *Compensatio vim solutionis habet.*

10. *In causis domino nocivis citra ejus assensum nil quicquam agi potest.*

11. *Inter Procuratorem & Domini sui debitorem, qui ipsius procuratoris est Creditor, compensatio cur fieri nequeat?*

12. *Compensatio haudquaquam nocet, quando præter mentem contingit, & ignoranti quasi obtruditur.*

13. *Indemnitatis promissio quid importet? Mulier contra talem promissionem beneficio SCti Vellejani haud adjuvatur.*

14. *Obligatio ad præstandam defensionem est individua, & unicuiq; ex asse incumbit.*

15. *Quando Mulier pro debito jam ante contracto intercessit, & cumprimis pro Marito indemnitatem promittit, efficaciter haud obligatur.*

16. *Cessat indemnitatis promissæ præstatio, quando illa aliunde obtineri potest.*

17. *In quovis negotio ex utraq; parte contrahentium consensus concurrere debet, & si inter absentes celebretur, requisitio quædam unius præcedere, & acceptatio alterius subsequi debet.*

18. *In præjudicialibus consensus expressus vel tacitus in præsentiâ tamen declaratus requiritur.*

19. *Sub-*

19. *Subscribens omnia contenta approbasse censetur.*
20. *Paria judicantur propriâ manu scribere & subscribere, & generalis subscriptio sufficit nec specialis requiritur.*
21. *Negotium mutuâ partium voluntate firmatum quando præsumatur?*
22. *Consensus semel declaratus subsecutâ taciturnitate pro novo consensu habetur.*
23. *Ad mulieris fidejussionem quidnam requiratur?*
24. *Epistola absq; emissione & acceptatione nullum effectum vel obligationem producit.*
25. *Voluntatem de cavendo declarare, & ipsum cautionis instrumentum Creditori transmittere, quomodo differant?*
26. *Locus contractus in puncto fidejussionis quando attendatur?*
27. *Negotia quæ per literas tractantur, fundant forum, ubi illæ acceptatæ.*
28. *Quæ certo respectu fiunt, non aliter firma reputantur, quàm si plenè perfecta fuerint.*
29. *Mulieris intercessio pro marito facta est ipso jure nulla nisi probetur pecuniam uxoris usibus cessisse.*
30. *Illaq; à Marito eâdem facilitate, uti ad intercedendum ita & renunciandum induci potest.*
31. *Licet clausula:* Ohne einige Exception: *plenam juris competentis renunciationem inducat, in personâ tamen mulieris haud operatur.*
32. *Reverentia propriam voluntatem commutat, & subscriptio à Muliere metu potius quàm libero arbitrio facta censetur.*

SPECIES FACTI.

Titius hat von seiner Frauen Silviæ ersten Manns Geschwistern zu Eintreibung einer ansehnlichen Schuld-Forderung eine richtige Vollmacht erhalten / und weilen Livia die Debitrix bey ihme Titio gleichfalls eine gewisse Summ zu fordern gehabt / so haben sie beyde mit Beyderseitigem einhelligen Consens solche Forderung miteinander compensiret. Ob nun wohl die Livia durch vorerwehnte Vollmacht gegen der Silviæ ersten Manns Geschwistern genugsam

nugsam versichert gewesen / und von ihnen keines weitern Anspruchs zu befahren gehabt; So hat sie doch vom Titio und der Silvia annoch einen Revers dahin begehret / daß beyde gegen der Silviæ ersten Manns Geschwister solches vom Titio decourtirten oder compensirten Gelder wegen sie vertretten und Klagloß stellen wollten / welchen Revers sie dann auch / umb an ihrer vorgestandenen Reise nicht abgehalten zu werden / begehrter Massen ausgefertiget und der Liviæ zugestellt haben; Als nun kurtz darauf Titius verstorben / kommen der Silviæ ersten Manns Geschwistere / actioniren die Silviam und fordern die von ihrem zweyten Mann dem Titio mit der Liviæ compensirte Gelder / und solches von deßwegen / weilen nicht ihr zweyter Mann Titius zu Erhebung der Gelder von ihme eine Schrifftliche Vollmacht gehabt / die Gelder auch 2.) würcklich compensiret und 3.) er so wol als die Silvia bey der Livia zur Vertrett- und Klagloß-Stellung sich durch den Revers obligiret hat; hingegen gestehet die Silvia ihnen gar nichts / und weder das gantze noch die Helfft / und solches von deßwegen / weilen sie die Schuld-Forderung / welche ihr zweyter Mann Titius in Compensation gebracht / von demselben allbereit vor der Ehe gemacht / und sie gantz und gar nichts angegangen; Sie auch 2.) aus solcher Compensation das geringste nicht bekommen / ja 3.) nicht einmahl verlangt / sonder vielmehr annoch vor der Verheyrathung durch ein sogenantes Pactum antenuptiale sich austrücklich dahin verwahrt / daß sie mit dieses ihres Manns Mitteln nichts zu schaffen haben / hingegen auch das ihrige absonderlich behalten wollte; 4.) weilen sie dieses ihres Manns Erbin nicht geworden / sondern selbst an ihn noch ein ansehnliches zu fordern hätte; Entstehet demnach die Frage:

Ob an sie die Silviam ihres ersten Manns Geschwistere bey vorangeführten Umbständen zu Zahlung der von ihrem zweyten Mann / und der Livia compensirte Summ, entweder vor voll / oder zur Helfft / und solches entweder directò, oder per obliquum, proprio oder alieno nomine, actione directâ oder utili, oder auf eine andere Weise mit Recht belangen können / und wann solches nicht

seyn

seyn kan / ob die erwehntt Geschwistere an die Liviam noch eine Action haben / und wann sie dieselbe belangen / und die Silvia zur Vertrett- und Klagloß-Stellung gnug seye; wann die Silvia allegiret / daß ihres ersten Manns Geschwistere ihren zweyten Mann dem Titio zu Eintreibung der Schuld-Forderung eine Vollmacht zugeschicket / und er Krafft solcher Vollmacht von der Livia die Gelder eintreiben / folglich sich auch zahlen / oder mit gutem Willen beyderseits gegen eine andere Forderung / welche die Livia an ihn gehabt / mit solchem Effect hat compensiren können / daß die Livia dardurch gäntzlich liberiret worden / und eines Reverses nicht gebrauchet hat / solcher Revers dannenhero auch weder ihr der Liviæ gegen der Silviæ ersten Manns Geschwistere schädlich / noch gegen die Silviam so wenig ihr / als der Silviæ ersten Manns Geschwistere vorträglich seye / sondern solche Geschwistere gegen der Silviæ zweyten Manns Sterb-Hauß allein Actione Mandati das ihrige suchen / die Silviam aber so wohl von ihnen / als der Livia allerdings unangefochten bleiben müste?

Gleichfalls hat dieser Titius seinen an einen andern Ort wohnenden Bruder Sejum um Darleyhung einer ansehnlichen Summ angesprochen / darneben auch seine Frau die Silviam dahin beredet / daß sie einen Caution-Schein unterschrieben / worinnen quoad hunc passum diese Worte befindlich: Zum Uberfluß unterschreibt sich meine Frau als eine Cautionissin mit / daß bey Gelegenheit eines Sterb-Falls / oder sonsten anderst sie mit ihren eigenen Mitteln die vorgestreckte Summ solle bezahlen ohne einige Exception; Welchen Caution-Schein Titius seinem Bruder Sejo zugeschicket / und darauf die Gelder von ihm erhoben hat; Nach Absterben des Titii actioniret Sejus die an einem dritten Ort anjetzo wohnende Silviam, und will von ihr als einer Bürgin bezahlt seyn / und weiln / soviel die Weiber-Bürgschafft betrifft / ein gantz ander Recht an dem Ort ist / wo die Silvia vorhin gewohnet / und den Caution-Schein ausgefertiget hat / als an dem Ort / wo der Sejus seßhafft ist / und wohin ihm der Caution-Schein zugeschicket worden / so ist bey dieser Sachen die Haupt-Frage entstanden / wo / so viel die Validität der Bürgschafft betrifft / der locus contractus

seye / ob solcher allda / wo der Caution-Schein geschrieben / oder wo der Sejus damalen gewohnt / und wohin ihm solcher Schein geschicket / und von ihm angenommen worden? Die Silvia negirt das erste und affirmirt das letztere und zwar von deßwegen / weilen der contractus mutui von dem contractu fidejussionis gantz unterschieden / der erste auch allein ihren Mann / das letzte aber sie einig und allein angienge. Ob nun wohl ihr Mann sie angesprochen / vor ihn Bürge zu werden / sie auch solches ihme eingewilliget / so möchte solches doch zwischen ihr und dem Sejo noch keinen Contract, sondern es würde dadurch zwischen ihnen beyden ein absonderlicher Consens erfordert; weilen aber dieser Sejus wegen Leistung einer Caution sie weder schrifft- noch mündlich / weder selbsten noch durch andere angesprochen / gestalten sie ihn dann niemaln gesehen / noch von ihme einen Brieff bekommen / niemand auch könte vorgestellt werden / welcher von ihm Sejo an sie geschicket seye / sondern sie vorerwehnter massen auf ihres Manns Zu- und Uberreden den Caution-Schein unterschrieben und dem Sejo zuschicken lassen / so seye offentlich und am Tage / daß des Seji zu dem Contractu fidejussionis nöthiger Consens vor Ausfertigung des Caution-Scheins / als worinnen sie Silvia ihren Consens gegen den Sejum declariret / noch nicht mit dem Ihrigen conjungiret gewesen / sondern allererst nach der Hand / als er den Caution-Schein von fernen Orten her auf der Post zugeschicket bekommen / und denselben angenommen / tacitè re & facto declariret / und folglich seye allererst in loco habitationis Seji seu acceptarum literarum beyder Consens conjungiret / mithin hätte der contractus fidejussionis allda einig und allein seine Substanz, Essenz und Perfection erreicht; gestalten dann ex hoc fundamento versehenen klaren in der gesunden Vernunfft gegründeten Rechtens seye / quod si in scriptis, seu per literas contrahatur, locus contractus sit, non ubi literæ scribantur, sed ubi acceptentur; Welches Fundament sie dann mit vielen andern Rationibus behauptet hat.

Ist demnach bey solchen vorerzehlten Umständen die Frage: Ob die Silvia in dieser ihrer Meynung gegründet und darmit in Rechten

bestehen

bestehen könne? Es wird zwar an Seiten des Seji wollen vorgegeben werden / daß er an den Bruder Titium geschrieben hätte / daß er ihme die Gelder lehnen wollte / wann seine Frau würde Bürge vor ihn werden / daß darauf Titius solches seiner Frauen Silviæ vorgehalten / und mithin des Seji Meynung und Consens ihr selbsten überbracht hätte; Allein in facto gestehet sie solches nicht / und will darvon nichts wissen / hält auch quoad punctum juris darvor / daß ein solches zu dem contractu fidejussionis zwischen ihr und dem Sejo nicht gehörig / weniger gnug gewesen seye / sondern anderst nichts inferire / als die Condition, worauf Sejus dem Bruder Titio hat wollen Geld lehnen / und seye also nur conditionalis declaratio consensus in contractum mutui nicht aber ein mandatum declarandi consensus in contractum fidejussionis, sondern Titius habe Silviam allein vor sich angesprochen und zur Bürgschafft beredet.

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldten beykommende Fälle / und daraus entspringende zwey Fragen zugeschicket / und mein Rechtliches Bedencken darüber zu eröffnen begehret worden / so habe selbige angelegentlich zu verlesen / und die bey beyden Fragen vorfallende verschiedene Stücke genau zu erwegen / nicht ermangelt;

RESOLUTIO QVÆSTIONIS PRIMÆ, EJUSDEMQUE MEMBRI PRIMI.

Ich Erhalte darauf Anfangs auf die erste Frage hinwiederumb nicht / 1.
daß so viel die Silviam anlangt / sie von ihres ersten Manns Geschwistern wegen der jenigen Schuld-Forderung / so diese an die Liviam gehabt / nachgehends aber von der Silviæ zweyten Mann Titio in Compensation gebracht werden wollen / auf keine Weiß und Wege / auch nicht einmahl pro ratâ mit Fug und Recht belanget werden könne / in Erwegung / daß so wenig gleich Anfangs dieselbe bey

der Silvia gemacht / und dergestalt eine zugebrachte Schuld seye / æris autem alieni ante matrimonium initum contracti solutio ex bonis duntaxat ejus Conjugis, à quo illud provenit, facienda,

Gutierez *lib. 2. quæst. practic. 128. n. ult.*
Besold. *Cons. 92. n. 22. & seqq. part. 3.*

cùm obligationes, & ex his descendentes actiones personas contrahentium non egrediantur;

L. Titius. ult. §. 1. de contrah. empt.
Carpz. *part. 2. const. 28. def. 19. n. 5.*

licet fortè in aliquo loco inter Conjuges societas quædam iniri soleat;

arg. *L. sed nec æs. 12. pro soc.*
Gutierez. *dict. loc.*

nisi ea fuerit omnimoda seu illimitata,

arg. *L. si societatem. 73. §. 1. pro soc.*

aut statuto aliud fuerit inductum & cautum, cujusmodi validum esse, & in Camerâ Imperiali recipi testatur

Mevius *part. 3. decis. 123. & 166.*

ac nominatim in provincia Ultrajectinâ obtinere notat

Abrahamus à Wesel. *tract. de Connub. Bonor. societ. tract. 2. cap. 3. n. 1. & 2.*

2. Als wenig der Silviæ nachgehends / und da sie mit Titio in eine anderwärtige Ehe-Verbindung sich eingelassen / einiger Nutzen daraus zugewachsen / nisi enim creditum in utilitatem mulieris versum probetur, dubio procul nullatenus inde obstringitur;

Auth. *si qua mulier. C. ad SCt. Vellej.*
Christinæ. *decis. Belgic. 187. vol. 5.*

3. Bevorab da selbige noch über das vermittelst eines Pacti antenuptialis gegen alle und jede ins künfftig etwa von des Titii Creditoren zu besorgend habende Ansprüche sich verwahret / auch zu solchem Ende

de

de mit deſſen Mitteln beerbfället zu werden nicht verlanget / quando autem mulier mediante pacto antenuptiali ſibi proſpexit, tùm in tantum ſecura redditur, ut ne quidem intuitu ſocietatis univerſalis illimitatæ cum marito contractæ teneatur, ut pertinenter & in terminis tradit

Lambertus Goris *Adverſ. Jur. tract. 1. cap. 4. n. 14. ibi: niſi Pactis antenuptialibus contrarium convenerit.*

Et ubi deficit ſucceſſio, indeque deſcendens repræſentatio, etiam onus præſtationis ſive ſolutionis ceſſare debet;

arg. *L. cùm à matre. 14. C. de R. V.*
L. nec emere. 16. C. de jur. delib.

Einfolglich bey allen dieſen Umſtänden es bey der gemeinen Rechts-Regul ſein Verbleibens hat / quòd quilibet Conjugum ſuum æs alienum ſolvere, non verò uxor pro marito obſtringi debeat. 4.

t. t. C. ne ux. pro marit. ubi Brunn. & Interpp.

RESOLUTIO MEMBRI SECUNDI.

5. WAs aber die Liviam als Debitricem betrifft / iſt ſelbige durch die mit Titio als Mandatorio getroffene Compenſation zumahl nicht liberiret / ſondern kan deren ohneracht von der Silviæ erſten Manns Geſchwiſtern annoch rechtmäßig angeſprochen werden / und zwar (1.) weil Titius die Schuld-Forderung bey der Livia bloßhin einzutreiben / keines Weges aber zu erheben bevollmächtiget geweſen / aliud enim eſt mandatum exigere, aliud verò ſolutionem recipere, neque prius eſt poſterioris illativum,

L. filius. 90. de ſolut.

ut deciſivè comprobat,

Mevius *part. 5. deciſ. 294. n. 5.*

cùm mandatum ſtricti juris ſit;

L. diligenter. 5. pr. mand.

& ultra expreſſa nequaquam extendatur,

Ludovic. *decis. Perusin. 117. n. 16.*

Et proinde qui citra interventum talis mandati solvit, suæ imprudentiæ & facilitati id acceptum ferre debet, benè monente

Mevio *part. 5. decis. 19. n. 7. & 8.*

6. Allermassen 2.) klaren Rechtens / quòd ad recipiendam solutionem semper speciale mandatum desideretur;

L. hoc jure. 86. de solut.
Portius Imola. *Cons. 5. n. 30.*
Klock. *Cons. 50. n. 37. tom. 2. ubi plures citat.*

cùm verò duntaxat procuratori solvatur, qualis non est is, qui tale mandatum exhibere non potest;

L. vero. 12. de solut.

Quantumvis enim in causis speciale mandatum desiderantibus necesse non sit, ut causæ & personæ nominatim exprimantur; uti hanc sententiam communem esse cum multis adductis docet

Mantica *de Tac. & Amb. convent. lib. 7. tit. 3. n. 24.*

id tamen eò duntaxat pertinet, ut alio quoque modo id mandati genus collatum censeatur, veluti si sit datum cum liberâ, seu cùm clausulâ, quod procurator idem possit, quod constituens,

L. procurator. 58. de procur.
cap. qui ad agendum. 4. eod. in 6to.

cùm mandatum generale cum liberâ & speciale invicem æquiparentur, sive sermo sit de contractibus sive de judiciis, ut docuit

Bald. *ad d. L. 58. itemq. L. 60. de procur.*

idem obtinet, quando casus quidam speciale mandatum exigens expressus, tum enim alii ejusdem generis simul expressi censentur, ut monet

Wesenbec. *Consil. 32. n. 37.*

Alia est ratio mandati singularis seu individualis, cujusmodi in causis ad evidens mandantis damnum seu præjudicium tendentibus

bus desiderari testis est

Mantica *dict. loc. n. 25.*

Atque hanc inter mandatum singulare & speciale differentiam tanquam notabilem subinde refert & inculcat,

Alexander Tartangus *Conf. 133. n. 10. lib. 6. Conf. 189. n. 8. lib. 7.*

Ja wann gleich 3.) circa præsens Mandatum einiger Zweiffel vorfallen sollte / wird doch solches keines Weges ad solutionem gezogen werden können / cùm in mandatis etiam dubiis solutio nequaquam subaudiatur, sed nominatim probanda sit, secundum tradita 7.

Mevii *part. 5. decis. 19. n. 6.*

Welches dann 4.) allhier desto mehr statt findet / weil gedachte Geschwistere austrücklich vorschützen / sie hätten Titio keine Vollmacht die Gelder zu erheben gegeben / quæ intentio licet sit negativa, tamen eo ipso satis probata censetur, quòd nihil in tali mandato circa solutionem dispositum reperiatur; 8.

Mevius *dict. part. 5. decis. 294. n. 13.*

cùm mandatum, & cumprimis speciale non præsumatur, sed ejus tenor asseri & doceri debeat;

Cothmann. *Respons. 40. n. 11. vol. 3.*

Portius Imola *cons. 81. n. 7.*

Mandati enim verba clara, lucida & necessariò concludentia esse debent;

Cravetta *Cons. 265. n. 1.*

Ludov. *decis. Perusin. 117. n. 5.*

Was dann dißfalls in solutione Rechtens / solches gilt ebener Gestalt 5.) in compensatione, cùm hæc vim solutionis habeat,

Cacheran. *decis. Pedemont. 92. n. 11. & 14.*

Fachin. *cons. 30. n. 14. lib. 3.*

Richter. *cons. 8. n. 17. vol. 1. part. 1.*

& non aliâ intentione quis compensationem curet, quàm ut solutionem evitet, ut ait

Giurba *decis. Messan. 106. n. 10.*

eâque de causâ mandato ad solutionem destitutus censetur, etiam carere mandato ad compensationem ineundam, cum per utramque ipso jure tollatur debitum,

L. si constat. 4. C. de compens.

& in effectu à verâ solutione non differat;

Loffredus *consil. 32. n. 13.*

10. Dahero 6.) compensatio solcher Gestalt beschaffen / daß allezeit Schaden und Nachtheil daraus zu gewarten / in causis autem domino nocivis citra ejus assensum & jussum nil quicquam agi potest;

Carpzov. *lib. 5. Respons. 40. n. 15. & decis. 237. n. 4. & 5.*

11. Wie hat auch 7.) Livia ihre an Titium habende Schuld-Forderung gegen die jenige / so sie der Silvien ersten Manns Geschwistern schuldig gewesen / aufheben und compensiren können / indeme bekannt / quod inter procuratorem & domini sui debitorem, qui ipsius procuratoris est Creditor, compensatio fieri nequeat,

Mæstertius *tract. de compens. quæst. 6.*

adeò ut ne volente quidem tali Creditore id fieri possit;

L. in rem suam. 18. §. 1. de compens.

Borcholt *tract. de compens. cap. 4. n. 19.*

fit enim hæc duntaxat inter debitorem & Creditorem,

L. 2. ibi: Creditorem suum, ejusdem debitorem. de Compens.

& in alieno debito nequaquam admitti;

L. ejus. 9. C. de compens.

Surdus *Cons. 69. n. 12. & Cons. 327. n. 39.*

Richter. *Cons. 37. n. 51. vol. 2.*

nec in tertii præjudicium tendere potest;

Gratian. *disc. forens. 728. n. 10.*

In

In mehrerer Erwegung / daß auch 8.) sothane Geschwistere nimmermehr dencken können / daß Livia in eine so unbefugte Compensation sich mit Titio einlassen / und ihnen zu Nachtheil solche künfftig anführen würde / tanto minus autem nocet compensatio, quando præter mentem contingit, & ignoranti quasi obtruditur & obmovetur; 12

Tabor. *Relat. Argent. 121. n. 14. sub fin.*

cùm ignorans non possit dici renunciare,

Cravetta *Cons. 226. n. 6. & 7.*

nec quisquam jure suo citra factum suum privari possit.

cap. sine culpâ. de R. J. in 6to.

Tiraq. *de Jur. primog. q. 4. n. 36.*

RESOLUTIO MEMBRI TERTII.

Nichts destoweniger und weil gleichwohl Livia vermittelst eines von Titio und Silvia genommenen Reverses sich verwahret / und Krafft dessen sie zu vertretten und Klagloß zu stellen / austrücklich ihro vorbehalten / so scheinet fast / als wann Silvia der Liviæ, Falls sie von offtgedachten Geschwistern belanget werden sollte / beystehen / und dasjenige / was sie denenselben dißfalls zu zahlen gehalten / wiederumb gut thun müste / indemnitatis siquidem promissio importat, ut promissori incumbat defendere, judicium suscipere & sortem interesse & omnia damna solvere, ut post Bartolum, Baldum, Alexandrum & alios tradit 13

Vincentius Hondedeus *Cons. 40. n. 21. vol. 2. part. 3.*

cùm literæ hæ reversales validam contineant promissionem, quæ stipulationem post se trahat,

L. licet. 1. C. de contrah. & comm. stip.

Honded. *d. p. 3. Cons. 25. n. 8.*

& quamvis scripturam privatam repræsentent, tamen contra ipsos

sos subscribentes sive sigillantes plenè probent;

L. publica. 26. §. ult. depos.

Klock. *Cons. 7. n. 141. tom. 2.*

Idque tantò magis procedere videtur, quo ignotum haud est, quod mulier indemnitatem alteri promittens beneficio SCti Vellejani haud adjuvetur, eò quòd hâc ratione obligationem alienam neque veterem neque novam recipiat, sed ipsa obligationem de novo faciat, ut loquitur Ulpianus in

L. quamvis. 8. princ. ad SCt. Vellej.

quod & firmat Africanus in

L. tutor. 19. princ. eod.

optimâ sanè ratione, cùm aliud sit alterius causâ aliquid promittere, aliud verò alienam obligationem in se recipere;

Mevius *part. 4. decis. 298.*

14. So gar/daß weil nunmehro auch Titius der Silviæ zweyter Ehemannn verstorben/sie allein die Liviam zu vertretten schuldig zu erachten/obligatio siquidem ad præstandam defensionem est individua, & propterea unicuique ex asse incumbere videtur;

arg. *L. stipulationum. 2. §. 2. de V. O.*

Guzmann. *tract. de Evict. q. 23. n. 7.*

15. Dessen aber ohngeachtet/weil in gegenwärtigem Fall Titius allbereit lang vorhero/und ehe er die Silviam geheyrathet/mit einer nahmhafften Schuld-Forderung der Liviæ anheischig gewesen/Silvia aber nachgehends/und da Titius mit der Livia sich in eine Compensation eingelassen/nebst ihrem Ehemann dem Titio darüber einen Revers ausgehändiget/und dergestalt bloser Dings vor ihres Manns lang vorhero gemachte Schuld sich eingelassen/so mag sie auch nunmehro wegen solchen Reverses mit Bestand nicht angefochten/noch für solche ihres Manns Schuld-Forderung zu stehen geheissen werden/quando enim mulier pro debito jam ante contracto intercedit, eoque nomine ipsi indemnitatem promittit, nullatenus efficaciter obligatur,

L. si

L. si mater. 6. §. 1. C. de SCt. Vellej.

ut benè monet

Brunnemann. *ad L. 8. §. 1. ad SCt. Vellej.*

cùm multum intersit, utrum mulier vetus an novum debitum suscipiat;

Mevius *part. 5. decis. 127. n. 4.*

In tantum ut semper alienum potius, quàm proprium suscipere præsumatur;

L. idem. 18. ad SCt. Vellej.

Christin. *vol. 5. decis. Belg. 187.*

Afflict. *decis. 209. n. 3.*

Idque tantò magis procedit, quando uxor tali modo pro marito intercedit,

Mevius *dict. loc.*

tametsi unâ cum ipso in eodem sese obligaverit instrumento;

Gail. *lib. 2. obs. 89.*

Berlich. *part. 2. concl. 19. n. 59.*

Carpzov. *lib. 2. Respons. 75.*

cùm intuitu mariti facta intercessio, & consensus pro firmandâ ejus obligatione interpositus adeò sit inefficax, ut nisi aliquid in mulieris utilitatem versum esse probetur, hæc nullatenus inde obstringatur;

auth. *si qua mulier. C. de SCt. Vellej.*

Mevius *part. 2. decis. 129.*

Berlich. *dict. loc.* ubi hâc de re latè agit.

Zumal wann überdas geschehen könte und sollte / daß Livia sich an des 16.
Titii als ihres Schuldners hinterlassenen Güttern erholen könte / cessat enim indemnitatis promissæ præstatio, quando aliunde indemnitas obtineri & impetrari possit, ut benè censet & decidit

Petrus de Benintendis *Decis. Bononiens. 81. n. 14.*

Ist es demnach / sothanen Bewandten Umbständen nach / an deme / daß Livia der Silviæ ersten Manns Geschwistern die bey ihr habende Schuld-Forderung der Gebühr vergnügen / sie aber hinwiederumb das jenige / was sie an Titium als ihren rechtmäßigen Debitorem zu fordern / bey dessen hinterlassenen Erben zu suchen / oder von dessen Sterb-Hauß und andern hinterlassenen Güttern sich bezahlt zu machen verwiesen werden müsse.

QUÆSTIONIS SECUNDÆ PROBLEMA PRIMUM.

BEy der andern Frag fallen ebenmäßig gleichwie bey der ersten verschiedene Stücke zu beobachten und wohl zu erwegen für / und zwar erstlich / ob die Silvia eben hierdurch / daß sie wegen der von ihrem Ehe-Mann Titio bey seinem Bruder Sejo aufgenommenen ansehnlichen Summ Geldes einen gewissen quoad formalia zugleich mit angeführten Schein unterschrieben / solcher forters dem Sejo darauf zugeschickt / von ihme angenommen / und die Gelder darauf dem Titio überschicket worden / mit dem Sejo contrahiret / und sich ihme verbündlich gemacht habe?

Ob nun wohl das jenige / was sothanen unterschriebenen Schein
17. betrifft / bloßer Ding zwischen beyden Ehe-Leuten Titio und Silvia, keines Weges aber zwischen diesem und dem Sejo als Creditore verhandelt / indeme Sejus allein mit seinem Bruder Titio, nicht aber dessen Hauß-Frauen Silvia hierüber einige Schrifft-Wechselung vorgenommen / und dergestalt dieselbe so wenig vorhero umb sothane Bürgschafft angesprochen / als wenig nachmals / und da der Caution-Schein ihme zugeschicket worden / deßwegen einige schrifftliche Bedeutung gethan / und daß er solchen acceptiret / und allerdings darmit zu frieden gewesen / zu verstehen gegeben / in omnibus autem rebus & negotiis ex utrâque parte contrahen um affectus concurrat oportet;

L. in omnibus. 55. de O. & A.

cùm

cùm nemo ex alterius conventione & facto obligari possit;

§. 3. Inst. de inutil. Stip.

& quilibet nexus à nobismet ipsis, non verò ab aliis incipere debeat;

L. quæcunq. 11. de O. & A.

Consensus siquidem conjunctio animorum & idem sensus dicitur;

caus. 29. quæst. 1.

Et propterea si inter absentes negotium celebratur, ut requisitio quædam unius præcedere, ita & acceptatio alterius subsequi debet,

L. si filiusfamiliâs. 16. ad SCt. Macedon.

adeò ut ante ejusmodi acceptationem nulla contra scribentem obligatio oriatur;

Ripa *in L. admonendi. 31. de jurej. n. 135.*
Menoch. *Cons. 296. n. 69.*
Alciatus *Cons. 70. n. 5. lib. 8.*

Nebst deme auch allhier de fidejussione tanquam actu summè præjudiciali gehandelt wird / in præjudicialibus autem Consensus expres- 18.
sus vel tacitus, in præsentiâ tamen declaratus requiratur;

L. filiusfamiliâs. 8. §. 1. de procur.
Card. Tusch. *concl. practic. Lit. T. concl. 3. per tot.*
Covarruv. *pract. resol. 15. vers. quintò deinde.*

So ist es doch an deme / daß 1.) die Silvia den jenigen Schein /
so von dem Sejo verlangt worden / unterschrieben / und dergestalt sich 19.
als eine Bürgin durch ihre eigene Wort und Hand ihme verbündlich gemacht / subscribens enim omnia inscripto comprehensa & contenta approbasse & ratificasse censetur;

Tusch. *concl. 562. n. 1.*
Carpz. *p. 2. decis. 121. n. 14.*

cùm

cùm subscriptio enixum ac perfectum subscribentis arguet consensum,

Brunnemann. *cent. 3. decis. 27. in fin.*

Nicol. de Passer. *de priv. Script. lib. 3. princ. n. 70.*

& ex subscriptione intentio ac voluntas subscribentis dijudicari soleat;

Carpzov. *lib. 5. respons. 22.*

20. Ohnerachtet / daß 2.) allein ihr Ehemann / nicht aber sie mit eigener Hand denselben geschrieben hat; Cùm paria judicentur, propriâ manu scribere, & subscribere;

Richter. *part. 1. decis. 20. & 29. n. 14.*

& idem operetur subscriptio, quod scriptura propria, uti hanc sententiam magis communem vocat;

Bursatus *cons. 39. n. 24.*

Imò subscribens videatur idem scribere & consentire;

Alex. Tartangus *cons. 147. n. 3. & 4. lib. 2.*

adeò ut generalis subscriptio sufficiat, haud verò requiratur specialis;

Argent. Cons. 20. n. 35. part. 2.

eâque de causâ tale Instrumentum impugnari non possit, nisi quis deceptum se esse probet;

Guido Papa *quæst. 503. n. 3.*

Carpzov. *lib. 5. Respons. 5.*

21. Ferner hierauf 3.) derselbe dem Sejo übersendet / von selbigem angenommen / die Gelder darauf gezahlet / und dergestalt die von der Silvia austrücklich und offenbahr eingegangene Fidejussion vom Sejo für genehm gehalten worden / dannenhero selbige anderster nicht / als negotium mutuâ partium voluntate firmatum geachtet werden kan;

arg. *L. in omnibus. 55. de O & A.*

L. pactum.

L. pactum. 3. de pollic.
L. absenti. 10. de donat.

Bevorab da 4.) die Silvia nachgehends jederzeit stillgeschwiegen / und niemals gegen sothane Bürgschafft im geringsten etwas obmoviret / quando autem consensus semel in actu quodam declaratus, tum subsecutâ taciturnitate pro novo consensu habetur;

L. item quæritur. 13. §. 11. locat.
Cephal. *consil. 478. n. 43. vol. 4.*

cùm voluntatis perseverantia & duratio semper præsumatur, quando mutatio doceri nequit;

Bald. *in L. si sine. 10. C. ad SCt. Vellej.*

Solchem allem dann 5.) zu Folge zwar Anfangs Titius sich mit der Silvia dieser Fidejussion wegen verglichen / nachgehends aber selbige ihrer Seits würcklich von ihrem Ehemann beym Sejo, Krafft solchen Caution-Scheins / übernommen und eingegangen worden / ut enim mulier dicatur fidejussisse, necesse est præcisè, ut pro marito apud Creditorem intercedat; 23.

L. frustra. 2. ibi: mulier pro alio debitore apud creditorem. C. de SCt. Vellej.
L. sed si ego. 4. §. 1. ff. eod.

PROBLEMA SECUNDUM.

Zum andern entstehet hierbey die Frage: An welchem Ort sothaner Contract den Anfang genommen / und darauf ratione fori fundandi das Absehen zu nehmen seye? 24.

Durch Entscheidung der ersten Frage kan diese gar leichtlich ihre Abfertigung erlangen / dann wiewohl sonsten ein Brieff oder Missiv an- und vor sich selbst bestehet / einen vollkommenen Willen bezeiget / und dahero zur wesentlichen Vollziehung so wenig die Absendung als auch des abwesenden Theils Genehmhaltung und Acceptation erfordert /

arg. *L.cum pater. 77. §. 26. de Legat. 2.*

Lauterbach. *de Epistolâ. th. 33.*

So kan doch selbiger den verlangten Zweck / ehe und bevor solcher abgeschicket und vom andern angenommen worden / zumahl nicht erreichen / cùm illud quod epistolæ proprium est, alios nempe, quod nostræ vel ipsorum interest, certiorare, sine emissione & acceptatione fieri haud possit;

Æmilius Ferretus *Respons. 16. n. 17.*

Um so viel mehr aber findet solches statt in einem Caution-Schein / als wodurch man sich einem andern kräfftig zu verbinden gemeynet ist / und dahero ohne die erfolgende Acceptation und Genehmhaltung solches ohnmüglich geschehen kan / cùm nemo sibi ipsi, sed alii saltem obligari possit.

arg. *L. in omnibus. 55. de O. & A.*

26. Dannenhero zwar die Silvia an dem Ort / wo sie gewohnet / weiter nichts als ihre Erklärung / den Caution-Schein zugleich auszufertigen und zu unterschreiben gegen ihren Ehemann gethan / solche Erklärung aber ist nachgehends allererst kräfftig und verbindlich worden / da selbiger dem Sejo zugefertiget / und er darauf die verlangte Anlehnung seinem Bruder Titio zu thun veranlasset worden / aliud autem est voluntatem de cavendo declarare, & marito exponere, quod factum duntaxat præparatorium est, & principale per se non infert;

Oldrad. *cons. 30.*

Decius *in rubric. C. de Edend. n. 1.*

Aliud verò ipsum cautionis Instrumentum Creditori transmittere, eumque hoc nomine ratione debiti securum reddere, quod incipit esse obligatorium, si à Creditore acceptetur, & debitori eapropter pecunia numeretur,

arg. *L. hujus. 1. §. 2. de Pact.*

cùm hâc ratione copulatio quædam consensus duorum simultanei inducatur,

Baldus

Baldus *ad dict. L. 2.*

& id, quod partes intenderunt, in effectum deducatur;

Tiber. Decianus *resp. 109. n. 16. & 17. vol. 2.*

Entstehet dann solcher Gestalt die Bürgschafft und deren Verbindung 26.
allererst an dem Ort / wo Sejus gewohnet / und den Caution-Schein angenommen / so kan auch locus contractus nicht domicilium Silviæ, sondern allein Seji geachtet / diese daselbst in puncto fidejussionis pro marito susceptæ geltende jura angesehen / und hierinnen pro normâ gehalten werden / wie in terminis beobachten

Berlich. *decis. 37.*

Menoch. *cons. 296. n. 89.*

Cornazzan. *decis. Rot. Lucens. 94. n. 12.*

Eben die Bewandtnus hat es auch mit dem Contractu principali mu- 27.
tui selbsten / massen Titius seinem Bruder Sejo allererst nach dessen beschehener Einwilligung und darauf erfolgter Auszahlung der Gelder obligiret worden / und dergestalt locus contractus abermal allein der Ort / wo Sejus gewohnet / zu nennen und zu achten / cùm negotia, quæ per literas tractantur, fundent saltem forum, ubi literæ acceptatæ, & mutuo partium consensu coaluerunt;

Berlich. *dict. decis. 37.*

Quod ergò juris est in contractu principali, idem quoque obtinet in accessorio;

cap. accessorium. de R. J. in 6to.

Und sollte sich dann gleichwohl in facto befinden / daß Sejus sein Ab- 28.
sehen hierbey mehr auf die Silviam, Falls sie vor ihren Mann sich verbürgen würde / als auf Titium selbsten geführet / so würde doch solches im geringsten nicht anzusehen / noch daraus ein anders und widriges zu schliessen seyn / quæ enim certo respectu & contemplatione fiunt, non aliter firma reputantur, quàm si inesse deducta & plenè perfecta fuerint,

cap. dudum. 20. ubi Panormit. X. de convers. Conjug.

ex imperfectis siquidem nulla nascitur obligatio,

Decius *Cons. 57. Cons. 62. in princ.*

cùm non dicatur actum, quamdiu superest aliquid agendum;

L. pen. de his quæ ut indign.

Surdus *Cons. 168. n. 9. & Cons. 217. n. 12.*

Accedit, quod tali casu subsit conditio, si Silvia pro marito fidejubeat; quæ autem sub conditione fiunt, eâ pendente in suspenso sunt, & nonnisi per actualem existentiam deinceps insecutam perficiuntur;

L. si quis sub conditione. 8. si quis omiss. caus. testam.

L. cedere. 213. de V. S.

Roland. à Valle. *Cons. 58. n. 14. & seq. lib. 3.*

PROBLEMA TERTIUM.

29. Letzlich fällt auch zu erörtern für / ob die Silvia in Ansehung sothaner geleisteter Bürgschafft / und darauf ertheilten Caution-Scheins von dem Sejo mit Bestand belanget / und das von ihrem Ehe-Mann bey selbigem aufgenommene Capital zu zahlen angestrenget werden könne? Wiewol nun das jenige / was ratione Fidejussionis inter Sejum & Silviam contractæ & fori contractus inde fundandi bißhero abgehandelt worden / allerdings seine Richtigkeit hat / so kan doch im Fall / da Jus commune in domicilio Seji in acht genommen wird / anderster nicht geschlossen werden / als daß Silvia hierunter von Sejo nicht belanget / sondern ihr dißfalls die Weibliche Befreyungen angedeyen müssen; Indeme bekannt / auch allbereit vorhero angeführet worden / quod intercessio pro marito facta sit ipso jure nulla, ne alioquin blandimentis maritalibus, ut hîc quoque factum esse non obscurè indicatur, seducta viscera suæ substantiæ in utilitatem mariti, propriam verò perniciem perdat & consumat;

auth. *si qua mulier. C. de SCt. Vellej.*

nisi

nisi fortè probari possit manifestè, pecuniam Uxoris usibus cessisse, eamque hoc modo locupletatam esse;

dict. auth.

Anton. Faber. *in Cod lib. 4. tit. 21. def. 20.*

cùm semper præsumptio capiatur, maritum tanquam caput pecuniam recepisse, & dum mulier contradicere non audet eam marito reliquisse;

Menoch. *lib. 3. præsumpt. 22. n. 1.*

Carpzov. *lib. 2. Respons. 75.*

So gar daß auch solches statt findet / ob gleich an Seiten der Frauen / sothanen Gutthaten und Gerechtigkeiten in specie renunciiret worden / cum eâdem facilitate à marito ad renunciandum induci possit, quâ inducitur ad intercedendum, uti cum Baldo, Saliceto, Aretino & aliis consuluit 30.

Hondedeus *Cons. 45. n. 18. vol. 1. part. 3.*

Weswegen obgleich sonsten die in dem Caution-Schein enthaltene Clausula: **ohne einige Exception**; dahin gedeutet wird / ut plenam juris competentis renunciationem inducat; 31.

Mynsing. *cent. 2. obs. 10. n. 3. & seqq.*

Klock. *Cons. 161. n. 56. tom. 3.*

adeò ut simplex & generalis etiam renunciatio in omnibus præjudicet, indefinitâ quippe in materiâ renunciationis æquivalente universali, ut Glossam, Paulum de Castro & similes secutus, refert

Klock. *Cons. 5. n. 217. tom. 4.*

tamen in personâ mulieris eundem effectum haud operetur;

arg. *dict auth.* ubi Interpp.

Und weil dann solcher Gestalt die Silvia, indeme sie auf ihres Ehe-Manns Bereden für selbigen gut gesprochen / zumal keinen freyen Willen gehabt / reverentia enim & obedientia propriam voluntatem commutat; 32.

can. sciendum. 10. caus. 8. quæst. 1.

hinc etiam subscriptio ab eâ facta metu potius quàm libero arbitrio facta censetur, & propterea obligare non potest;

Tabor. *Relat. Argent. 96. n. 4. vers. quando. & vers. ita quoq;.*

Imò consensus qualitercunque interpositus nunquam præjudicat, sed omni effectu caret, quando super actu ipso jure nullo interponitur;

Rauchbar. *quæst. 45. n. 16.*

Et renunciatio partis haud prodest, quando vi legis actus annullatur;

Klock. *Cons. 6. n. 232. & 233. tom. 1.*

CONSILIUM seu RESPONSUM XXIV.

An Mulier quoad communem negotiationem quam cum Marito exercuit, obligetur?

Quatenus Heres universalis pro debitis Testatricis teneatur? ubi de transactione judiciali nonnulla simul adduntur.

Ob eine Ehe-Frau wegen des mit ihrem Mann geführten gemeinen Handels verbunden?

Wie weit ein Universal-Erbe vor der Erblasserin Schulden zu stehen gehalten? Worbey zugleich von gerichtl. Vergleich einiges mit beygefüget wird.

SUMMARIA.

1. *Si uxor unâ cum Marito in eodem Instrumento sese principaliter obligavit, solus Maritus obligatur, nisi pecuniam in illius utilitatem versam esse probetur idq; ampliatur.* Restringitur autem num. 10.
2. *Cumprimis quando obligatio nec tribus testibus, nec judicialiter corroborata fuit.*
3. *Haud ferendum, quod ad elusionem legum tendit, & malitiis cumprimis ad oppressionem sexus muliebris tendentibus occurrendum.* vid. d. n. 10.
4. *Nemo ex alterius conventione obligatur, ac proinde interventu Mandati vel aliarum personarum publicarum eo nomine opus est.*
5. *Quænam Mulieri præjudicet solutio, & quando econtra beneficio sibi competente privetur.*
6. *Uxor quoad communem negotiationem tanquam socia non tantum ex propriâ obligatione verùm etiam in subsidium tenetur.*
7. *Qui solvit, ob suum contractum solvere censetur, quiq; agnovit partem debiti ex unicâ causâ procedentis, totum debitum agnovisse videtur.*

8. Ob

8. *Ob pecuniam in negotium extraneum versam Mercatrix non tenetur, sed solius mercaturæ intuitu ordinariè contraxisse & pecuniam in mercantiam vertisse præsumitur.*

9. *Conjunctus Mulieris cum Marito contractus eandem nec non res illius facit actionibus obnoxios, modo mercatricem esse constet; quod & Ordinatione Hassiacâ firmatur.*

10. *Mercatrix instar Viri consideratur, jureq; societatis de omnibus lucris participat.*

11. *Paria sunt scripturam esse factam de voluntate alicujus vel esse scriptam ab ipsis partibus.*

12. *Omnis transactio fit per contractum, Creditoribus autem tanquam tertiis nullum inde præjudicium infertur.*

13. *Jura non ferunt heredem temporalem, hicq; ad solutionem debitorum à defuncto contractorum rectè condemnatur.*

14. *Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, quodlibet ex his persequi potest.*

15. *Posterius Testamentum tollit prius & nemo simul Legatarius & heres esse potest.*

16. *Viventis uti nulla hereditas ita nec legatum est.*

17. *Mercatrix cur prælationis privilegio non gaudeat? heres factum defuncti testatoris præstare tenetur.*

18. *Mæviæ qualis regressus reservandus?*

SPECIES FACTI.

Titius und seine 2.te Eheliche Hauß-Frau Titia, welche vierzehenhundert Reichs-Thaler an baarem Gelde nebst andern Mobilien bey ihren Mann gebracht und würcklich inferiret hat / haben zwar / währenden ihren Ehestand einen Sohn miteinander erziehlet / welcher auch zu seinen Männlichen Jahren kommen / Nachdeme derselbe aber ledigen Stands verstorben / haben sie ein Testamentum Reciprocum coram Notario & Testibus aufgerichtet / in welchem Testament Titius dem Mævio als seiner aus erster Ehe verstorbenen Tochter Mann / oder vielmehr deren nachgelassenen Kindern /

dern / ihrer Mutter seel. Mitt-Gifft nicht allein salviret / sondern ihnen auch weiters vermacht hat / so dann beyde Titius und Titia ihrer Baasen Mæviæ von deßwegen / daß sie ihnen so lange Jahre getreulich aufgewartet hat / ein gewisses an Kleidungen und baarem Gelde legiret und vermacht haben / allermassen die Copial-Beylage sub n. 1. solches mit mehrerem zeiget. Als nun Titius verstorben / und zwey verschiedene Wohn-Behausungen sambt zugehörigen Güttern / unter andern auch viele Activ-Schulden aus dem Kauf-Handel herrührend / darzu einige wenige Passiv-Schulden nach sich verlassen / ist Titia die Wittib vermög Testaments in sothanen Wohn-Behausungen und Güttern sitzen blieben / gestalt sie dann nach der Zeit ein Testament aufgerichtet / darinnen ihre Baase Mæviam und deren damaligen Bräutigam zu Erben eingesetzet und selbigen zwar ihre Haabseeligkeit vermacht; aber darneben auch sie mit verschiedentlich abzustattenden Legaten und Passiv-Schulden beschweret hat / wie solches die Copial-Beylage sub n. 2. mit mehrerem besaget / jedoch hat bemeldte Titia annoch bey ihrem Leben auf Abschlag solcher Passiv-Schulden an den Debitorem Sempronium 170. Reichs-Thaler laut Quittung sub n. 3. bezahlet. Nun hat sich Mævius vor des Titii Erben angegeben / das Testament zu disputiren angefangen / ist darauf mit Titiâ der Wittib in Procefs gerathen / welcher / mittlerweile Titia darüber auch verstorben / zwischen Mævio und der Baasen Mævia endlich per transactionem judicialem laut Beylage sub n. 4. geendiget worden ist; So daß Mævia die eine Behausung / und theils Gütter darbey von Mævio als dem Erben / an statt der ihro vermöge Vergleichs zu zahlen schuldig gewesenen 2000. Reichs-Thaler in solutum annehmen müssen / und hat dagegen Mævius eine andere Wohn-Behausung sambt darzu gehörigen Güttern / so dem Sempronio verhypotheciret gewesen / auch fast alle Activ-Schulden behalten / und selbige exigiret / darzu auch den Creditorem wegen seiner Forderung zu befriedigen übernommen / als welcher Creditor Sempronius nach Absterben der Wittib Titiæ eine gantz schlechte Obligation oder Hand-Schrifft über 500. Reichs-Thaler von dem Debitore Titio und dessen Tochter-

Mann dem Mævio, und zwar in angegebenen aber niemals beschienenem Namen der Titiæ nach deren Vollmacht / besage der Beylage sub. n. 5. produciret / die Schuld gerichtlich eingeklagt / und selbige kurtz umb von der Baasen Mævia bezahlt haben wollen / allein als diese darauf excipiret / daß nicht sie / sondern Mævius deren Debitoren Erben geworden / gestalt derselbe die Erbschafft absonderlich das Wohn-Hauß und Gütter / so dem Creditori verhypotheciret / sambt denen vorhanden gewesenen Activ-Schulden überkommen / und den Creditorem darvon zu bezahlen übernommen habe / sie Mævia hergegen eine blose Legataria ihres Vettern und Baasen seel. seye / ist Creditor Sempronius an Mævium des Titii Erben per Decretum sub n. 6. verwiesen / und selbigem die Zahlung injungiret worden / von welchem Decret dieser Sempronius als dardurch graviret zu seyn / ad Superius Judicium appelliret / so daß der interponirten Appellation deferiret / citatio so wohl an Mæviam die Legatariam, als Mævium des Titii heredem, sambt andern gewöhnlichen Processen erkannt und ausgelassen / wie auch hierauf lis utrinque contestiret worden / da der Creditor Sempronius sich in obligatione fundirt / und die Bezahlung nochmals in Mæviæ Bonis gesucht hat / währenden Processus hat sich Mævius unterstanden / das jenige Hauß sambt Güttern / so dem Creditori verhypotheciret gewesen / und de præsenti annoch seyn / anderwärts zu veralieniren und zu verkauffen / und zwar vor 500. Reichs-Thaler laut der Beylage sub n. 7. ohnerachtet solches durch ein ausgelassenes Mandatum pœnale inhibiret / und Krafft dessen die Alienatio oder der deßhalben getroffene Kauff-Contract annulliret / und de plano cassiret worden ist / nach Besage der Copial-Beylage sub n. 8. worauf nachgehends dieser Mævius verstorben / und verschiedene Kinder und Erben hinterlassen hat / so aber niemals vor Gericht citiret worden seynd. Ob nun wohl Mævia die von Sempronio producirte Obligation nicht agnosciret / noch in præjudicium agnosciren können / so ist doch wider alles Vermuthen in deren Contumaciam obligatio pro agnitâ angenommen / und die Immissio in deren Debitoren Gütter ohne Unterscheid / und mithin in das jenige

nige Hauß und Gütter / so Mæviæ ratione Legati vom Mævio dem Erben in solutum übergeben ist / durch Urtheil erkennet worden / als die Copial-Beylage sub. n. 9. vorstellen thut / von welchem widrigen Urtheil Mævia, als dardurch mercklich graviret / ad Judicium revisorium appelliret / auch darauf gewöhnliche Processus aus- und einbracht hat / allwo annoch lis pendens ist.

Woraus dann die Frage entstehet / daß weiln der Creditor Sempronius durch das Decretum n. 6. Indeme Er dero Zeit und noch jetzt aus des Mævii Haabseeligkeit dem verhypothecirten Hause und Güttern bezahlt werden können / nicht gravirt worden / gestalt Mævia, wann Creditor die Immission in das verhypothecirte Hauß erhalten / welches leichtlich geschehen können / ihme seine Schuld-Forderung gegen Cession des erlangten Rechtens zu bezahlen / sich ultrò ex liberalitate offeriret hat / welch Erbiethen aber Sempronius nicht geachtet / und dahero umb so viel mehr am Tage / daß er Mæviam bloß in vergebliche Kosten zu führen von obigem Decret gantz frivole appelliret habe / über dieses auch notorium und ohnstreitig / daß das jenige Häußlein und Gütter / so Mævia in Besitz hat / der Wittiben Titiæ ratione dotis & illatorum nicht allein würcklich afficiret gewesen / sondern auch ihrer Baasen Mæviæ nachgehends vom Erben vi transactionis in solutum hingegeben worden / darbey dann in confesso und ohnlaugbar / daß ja des Titii Wittib Titia als prior & privilegiata Creditrix ein potius und anterius jus bevor / dem Creditore Sempronio zumalen dessen Schuld-Forderung viel jünger und nicht privilegirt gewesen / gehabt / derhalben dieser jener nicht præferiret werden können / gestalten ausser deme bekannten Rechtens ist / quod primò venienti & vigilanti impunè solutio fieri possit, per vulg. und dahero Sempronius noch weniger einige Action gegen Mæviam mit Bestand hätte instituiren können;

Ob nicht Mævia bey so gestalten Sachen aus darbey allegirten Rechts-Gründen / und andern Umbständen mehr / ab actione malè institutâ purè zu absolviren gewesen seye / und solches refusis

 expensis

expensis, und ob sie sich dahero nicht einer gedeylichen Reformatoriæ in hoc Judicio revisorio zu getrösten haben würde?

RESPONSUM.

BEy fleißiger und reifflicher Erwegung deß mir zugeschickten Falls/ und aller darbey vorfallenden Umbständen scheinet die darunter gesetzte Frage zu besserer der Sachen Entscheidung in zwey Stücke füglich könne abgetheilet zu werden; Erstlich ob die von Titio und Titiâ Sempronio ausgehändigte über 500. Reichs-Thaler sprechende Hand-Schrifft an Seiten der Titiæ verbindlich seye? Zum andern ob die von Titio und Titiâ mit verschiedenen Legatis honorirte/ und nach Titii Tod von der Titiâ allein zur Universal-Erbin instituirte Baase Mævia, ohneracht sie nachgehends Titii Tochter-Mann Mævio vermög gerichtlich aufgerichteter Transaction alle und jede Gütter abtretten/ und allein mit 2000. Reichs-Thaler sich befriedigen lassen müssen/ sothane Schuld-Forderung Sempronii, falls dessen Obligation kräfftig und verbindlich seyn sollte/ abzutragen gehalten seye?

RESOLUTIO QUÆSTIONIS PRIMÆ.

1. SO viel die Erste betrifft/ will es fast das Ansehen gewinnen/ als wann sothane Obligation einig und allein an Seiten Titii, keines Weges aber Titiæ bestehe/ noch ihr im geringsten hieraus einiger Nachtheil zuwachsen könne/ und zwar fürs erste/ weil bekandten Rechtens/ quòd si Uxor unà cum Marito in eodem instrumento sese principaliter obligarit, subductâ uxore, solus duntaxat maritus obligetur, nisi apertè probetur, pecuniam mutuò acceptam in illius utilitatem versam esse,

auth. *si qua mulier. C. ad SCt. Vellej.*
Carpz. *lib. 2. Respons. 75.*
Cothmann. *lib. 5. Resp. 48. n. 5.*

in

in tantum ut propria ejus confessio versionem, de quâ aliunde non constat, haud verificet, sed Creditori eam docere incumbat,

Richter. *ad dict. auth. n. 18.*

cùm mulier marito contradicere non audeat & proinde pecunia ad eum ceu potentiorem pervenisse videatur,

Lauterbach. *ad tit. ff. ad SCt. Vellej. §. 1. n. 6.*
Mevius. *part. 8. decis. 453. n. 2.*

imò tametsi ex ejusmodi obligatione condemnata solverit, tamen beneficium dict. auth. opponere, & si quicquam solvit, ceu indebitum condicere valet,

Berlich. *part. 2. concl. 19. n. 69. & 70.*

Zumalen da fürs Ander weder durch drey Zeugen / so sonsten zu dergleichen Obligation und Confession rechtlicher Gebühr nach erfordert werden / weder in Judicio das jenige / was hierbey vorgangen seyn solle / beschienen und verrichtet worden; 2.

L. 23. §. ult. C. ad SCt. Vellej.
Berlich. *d. loc. n. 76. & 77.*

Dannenhero fürs Dritte gar leichtlich sothane dem weiblichen Geschlecht / und besonders denen Eheweibern zu gut beschehene rechtliche Provisio dict. auth. eludiret / und selbige entweder durch Schmeichelworte oder harte Bedrohungen zu hintergehen / und so wohl ihre Persohnen in verfängliche Obligationes zu stürtzen / als auch deren Güter zu beschwehren und in andere Hände zu spielen denen Ehemännern Anlaß und Gelegenheit gegeben würde / wann dergleichen heimliche / und weder in Beyseyn einiger Zeugen / noch auch gerichtlich aufgerichtete Handschrifft gültig und verbindlich seyn sollte / nullâ enim ferendum ratione, quod ad elusionem legum tendit, 3.

L. 1. de SCt. Maced.

& malitiis cumprimis ad oppressionem sexus muliebris tendentibus sollicitè occurrendum,

 L. 5.

L. 5. §. 5. de rebus duorum qui. &c.

4. Wie wollte auch fürs Vierdte sothane Obligation der Titiæ auf einige Weise schädlich seyn können / massen selbige dadurch zum höchsten verdächtig gemacht wird / daß sie einig und allein von ihrem Ehemann in seinem und ihrem Nahmen keines Weges aber à personâ publicâ, veluti Judice aut Notario ihrentwegen unterschrieben / oder wenigstens von dergleichen Persohnen ihme eine Vollmacht hierzu gegeben und zugestellt worden / cùm enim nemo ex alterius conventione obligari possit,

§. 3. Inst. de inut. stip.

L. 38. princ. de V. O.

Sanè interventu mandati vel aliarum personarum publicarum eo nomine opus est, sicut èContra ii, qui scribere possunt, chirographum propriâ suâ manu subscribere debent,

L. ult. ibi: propriâ annotatione. C. de conv. fisc. deb. ubi Interpp.

5. Ob dann wohl fürs Fünffte und Letzte Titia nach ihres Ehe-Herrn Tod an sothaner Schuld-Forderung etwas bezahlet / und selbige solcher Gestalt agnosciret zu haben geachtet werden mögte / so ist es doch an deme / daß auch solches ihr im geringsten nicht schädlich seyn könne / ea siquidem solummodò Mulieri præjudicat solutio, quæ sine præviâ obligatione interposita fuit,

L. 4. C. ad SCt. Vellej.

quando verò mulier fidem suam pro alio dedit & hoc facto per solutionem sese vicissim liberare voluit, neutiquam exinde beneficio sibi competente privatur.

d. L. 4.

RATIONES DECIDENDI

6. Daß aber sothanen Motiven ohnerachtet die von Titiâ nebst ihrem Ehemann Titio bey Sempronio gethane Anlehnung sie gleichfalls

falls verbinde / und sie vermittelst deren dem weiblichen Geschlecht sonsten in Rechten ertheilten Gutthaten von der Zahlung sich keines Weges entlasten könne / erhellet ohnstreitig daher / weil in facto ausgemacht und erfindlich / daß sie mit und nebst ihrem Ehemann einen Kauff-Handel getrieben /

Facti Spec. *pag. 1. ibi:* Aus dem Kauff-Handel herrührend.

und die beym Sempronio entlehnte Summ Geldes à 500. Reichs-Thaler zu keinem andern Ende / als zu Erkauffung einiger Waaren / angewendet habe.

Cop. Obligat. *sub n. 5.*

Gleichwie dann eine Ehe-Frau quoad communem negotiationem so wohl de jure communi,

Lauterbach. *de Jur. in Curiâ Mercat. usit. th. 50.*

als auch universali Germaniæ consuetudine tanquam socia, und hierdurch ihrem Ehemann allerdings gleich gehalten wird;

Gail. *lib. 2. Obs. 90. n. 5.*

Marquard. *tr. de Cur. Mercat. lib. 1. c. 12. n. 6.*

Also kan auch Titia der aus solchem Contract entspringenden Obligation, und dahero verfügenden schuldiger Zahlung sich keines Weges entbrechen / adeò ut tali casu non tantùm ex propriâ obligatione, verùm etiam in subsidium teneatur,

Gœdd. *Cons. Marp. vol. 1. Cons. 24. n. 13. & seq.*

immeritò enim ad privilegia mulierum provocat, quæ sustinet virilia officia, fidem & securitatem Reip. concernentia;

Mevius *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 5. art. 7. n. 113.*

præcipuè cum in causis mercaturam concernentibus non juris subtilitatem, sed æquum & bonum attendamus, nec commercia fallantur & impediantur;

Mevius *d. tr. lib. 3. tit. 6. art. 21. n. 25.*

Und verfängt wenig / wann man einstreuen wollte / es hätte Titius den 7.

Kauff-

Kauff-Handel gantz allein getrieben und darvon allen Nutzen erhoben/ Titia aber weiter nichts als alle mögliche Beyhülffe geleistet/ weßwegen sie keines Weges gehalten seye.

Mevius *d. Loc. n. 41.*

Massen dahero vielmehr das Gegentheil/ und daß sie zugleich von allem Nutzen participiret/ offenbahr zu ersehen/ weil sie weniger nicht ersagter massen zu Erkauffung allerhand Waaren mit ihrem Ehemann die Gelder aufgenommen/ und zu deren Erstattung sich anheischig gemacht/ als auch nach dessen erfolgten tödtlichen Hintritt etwas darauf bezahlet/ ja noch überdas ihre und ihres Ehe-Herrns Schulden ihrer Baasen Mæviæ als Heredi institutæ zu bezahlen per Testamentum auferleget/

Copia Testam. secundi *n. 3.*

Welches sie keines Weges würde gethan haben/ wann sie aus sothaner gemeinen Kauffmannschafft keinen Nutzen gehabt hätte/ qui enim solvit ob suum contractum & perceptam inde utilitatem solvere censetur,

L. 5. C. de re judic.

& qui solvit vel agnovit partem debiti ex unicà causâ procedentis videtur totum debitum agnovisse;

arg. *L. 7. §. 5. C. de præs. 30. vel 40. ann.*

8. Wird dannenhero hieraus nicht allein causa contractus, daß die Gelder nicht in negotium extraneum, quo casu aliâs mercatrix non tenetur,

Mevius *dict. loc. n. 28.*

sed solius mercaturæ, cujus intuitu jam tum mulier ordinariè contraxisse & pecuniam in mercantiam vertisse præsumitur, ceu multis adductis probat

Mevius *eod. loc. n. 30.*

sondern auch habilitas personæ, oder daß sie vera mercatrix gewesen/ apodicticè & infallibiter probiret/

Mevius

Mevius *alleg. loc. n. 34. & seqq. ubi notas characteristicas mercatricis subnectit.*

Und dahero billig geschlossen / daß sie kräfftig obligiret und ad solvendum gehalten seyn / conjunctus enim mulieris cum marito contractus eandem ut & res illius facit actionibus obnoxias, nec ultra quid opus est, quàm ut mercatricem esse constet, verba sunt 9.

Mevii *part. 8. decis. 453. in fin.*

Et quod etiam speciali Ordinatione Hassiacâ mulieres cùm maritis communem negotiationem exercentes & hujus intuitu contrahentes efficaciter obstringantur, tradit ejusque singula verba notabilia refert

Marquard. *dict. tr. lib. 1. c. 12. n. 15.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Aus welchen allem dann / was es mit denen im Anfang angeregten Zweifflen und Rationibus Dubitandi, besonders aber der Ersten / Zweyten / Dritten und Fünfften für eine Bewandtnus habe / leichtlich zu ersehen / gestalten selbige insgesambt de intercessione mulieris qua talis, keines Weges aber de obligatione mercatricis, & quæ instar Viri consideratur, jureque societatis de omnibus lucris participat, handele / und dahero gegenwärtigem Fall zumahl nicht entgegen stehen / 10.

add. Brunnemann. *ad L. 17. ad SCt. Vellej. n. 7.*

Die Vierte aber belangend / so ist præcisè nicht nöthig / daß eine Hand-Schrifft vom Debitore selbsten / oder falls er schreibens ohnerfahren / vom Notario oder Judice unterschrieben werde / sondern es kan auch selbiges ad requisitionem à quocunque privato geschehen / cum paria sint scripturam esse factam de voluntate alicujus, vel esse scriptam ab ipsis partibus, 11.

Carpzov. *lib. 3. Respons. 79. n. 9.*

Scaccia *de judic. lib. 2. cap. 11. n. 1082.*
Tusch. *lit. S. concl. 561. n. 3.*

Quantumvis enim debitor propriâ non subscribat manu, mandatarius autem ejus nomine subscribat, nihilominus ejus consensus probatur,

arg. *L. ult. §. 2. C. de jur. delib.*
L. 28. §. ult. C. de testam.

cum paria sint mandare & subscribere.

L. 3. C. quod cum eo qui &c. ubi Gothofred.

Zumal da allhier den geringsten Schein einigen Verdachts die von Titia nachgehends auf diese Schuld gutwillig beschehene und mehrmals vermeldete Zahlung keines Weges zulässet / uti in Rat. Decid. evictum.

RESOLUTIO QUÆSTIONIS SECUNDÆ.

12. Die ander Frage ebenfalls gründlich zu erörtern / so ist es an deme und gewiß / daß Mævia die Schuld-Forderung Q. ihres gethanen Einwendens ohneracht et zu bezahlen / von Rechts wegen gehalten seye. Dann ob gleich selbige in Testamento Titii & Titiæ Reciproco mehr nicht als 200. Reichs-Thaler und die Kleidung Titulo Legati erhalten / wie Copia Testam. prim. n. 2. bezeiget / so ist sie doch post obitum Titii von dessen hinterlassenen Wittwen Titiâ nachgehens als Universal-Erbin instituiret / und ihro weniger nicht der Testatricin als auch ihres gewesenen Ehe-Herrn ohnbezahlt gelassene Schulden zu bezahlen und abzutrragen austrücklich anbefohlen worden / wie Extractus Testamenti secundi klärlich darleget.

Wiewohl nun nach der Hand Mævia mit dem Mævio judicialiter transigiret / ihme alle und jede Erbschafftliche Gütter cum commodo & onere abgetretten / und mehr nicht als 2000. Reichs-Thaler nemlich 1400. illatorum, 500. donationis propter nuptias & 100. acquisitorum nomine behalten / auch an statt dieser gantzen Forderung ein

ein Hauß nebst einigen Güttern bekommen / so ist sie doch hierdurch ab onere æris alieni gar nicht entlediget worden / sicut enim omnis transactio fit per contractum,

L. 5. C. de transact.

ita etiam ad hujus exemplum creditoribus tanquam tertiis nullum inde præjudicium infertur,

L. 27. §. 4. vers. ante omnia. de Pact.
Richter. *ad tit. C. de Transact. ad L. 1. n. 12.*
& ad L. 20. C. eod. n. 4.

quod & apertè probat Ulpianus in

L. 3. in fam. hercisc. ubi non obstante pacto vel transactione inter coheredes initâ liberam cum singulis experiundi potestatem manere innuit.

debitorum siquidem pactionibus Creditorum petitio nec tolli nec mutari potest;

L. 25. C. de Pact.

Aus welchem Rechts-Grund dann auch Sempronius von dem sub 13.
num. 6. angezogenen Decret, als durch welches er von Mæviâ ab- und zum Mævio verwiesen worden / wohl und mit höchstem Fug appelliret / citation gegen Mæviam erlanget / dieselbe rechtmäßig actioniret / und endlich sententiam condemnatoriam in deren Person sub num. 9. erlanget / dum enim Mævia adeundo hereditatem Titiæ semel heres ejus facta, nunquam talis esse desiit, cum jura non ferant heredem temporalem;

L. 7. §. 10. in fin. de minor.
L. 88. de hered. instit.

Et quamvis Mævius post initam Transactionem instar heredis reputetur,

L. 2. §. 18. de hered. vel act. vend.

creditores tamen hereditarii contra ipsum exinde actionem haud sunt consecuti, sed Mæviam solam, ceu heredem convenire tenentur,

nentur, eaque ad solutionem rectè & justè condemnari potest,

L. 2. C. de hered. vel act. vend.

ubi notanter Imp. Antonius rationem juris postulare ait, ut Creditoribus, Hereditariis, Legatariis seu Fideicommissariis te (heredem factum) convenire volentibus, tu respondeas.

14. Welches dann hiesigen Orts um so viel mehr statt findet / da weniger nicht Titia Testatrix die Zahlung ihrer und ihres Ehe-Herrns Schulden von der Mævia austrücklich begehret / als auch überdiß Sempronius vermög obgeregter Obligation generalem hypothecam in allen und jeden erbschafftlichen Güttern / und Krafft deren vollkommene Gewalt entweder die jenige Gütter / so Mævius besitzet / oder aber andere / welche die Mævia in solutum bekommen / anzusprechen / und darinn Immission zu suchen / erlanget / qui enim generaliter bona debitoris pignori accepit, quodlibet ex his persequi potest, non attento, quòd fortè ex his vel illis pecuniam suam redigere possit;

L. 2. qui potior in pign.

15. Gleichwie dann solcher Gestalt Mævia mit nichten als Legataria, sondern allein als Heres universalis zu achten / massen Titia durch die nachgehends in ihrem Testament gethane Institution von denen in priori Testamento reciproco der Mæviæ verordneten Legatis allerdings abgangen / posterius enim testamentum tollit prius,

§. 3. Inst. quib. mod. testam. infirm.

& nemo simul Legatarius & heres esse potest,

L. 116. §. 1. de Leg. 1.

16. oder Falls sie von ihrem letzteren Testament erwehnte Legata ihr gehandreichet / solche anderster nicht als Donationes inter vivos zu achten / viventis enim uti hereditas non est, ita nec legatum,

§. 1. Inst. de Legat.

17. Also kan sie auch propter dotem & illata Sempronio keines Weges præferiret werden / noch hierdurch das jenige / was sie vi Transactionis

nis in solutum bekommen / von dessen Anspruch und Immission befreyen / quemadmodum enim ipsa testatrix Titia in vitâ prælationis privilegio gaudere non potuit, idque tum ob contractum unà cum marito cum ipso Sempronio celebratum,

Kœppen *part. 1. decis. 28. n. 34.*

tum ob communem, quam cum marito habuit, negotiationem,

Beulher. *de jur. præl. part. 1. c. 35.*

tum denique quia in ejusdem quoque debita consensit,

Richter. *tr. de privil. Cred. c. 3. sect. 1. n. 91.*

Ita nec Mævia ceu heres ejus idem allegare, ejusque prætextu Sempronium repellere potest, cùm factum defunctæ testatricis præstare cogatur;

L. 14. C. de R. V.

Weil jedoch ersagte Mævia durch die judicialiter aufgerichtete Transaction den meisten Theil der Erbschafft Mævio abgetretten / und obigangeführte 2000. Reichs-Thaler allein behalten / als wird ihr wegen des jenigen / so sie Sempronio zahlet / an Mævio sich zu erhohlen jederzeit frey stehen / 18.

L. 2. ibi: & cum eo, cui hereditatem venundedisti, tu experiaris suo ordine. C. de hered. vel act. vend.

Allermassen auch ihr solches im vorgedachten Urtheil sub n. 9. austrücklich vorbehalten worden.

Erhellet demnach aus allem dem jenigen / was dieses Falls wegen rechtlich angeführet worden / daß Mævia in Judicio revisorio sich keines obsiegigen Ausschlags künfftig zu getrösten habe / und dahero besser gethan / wann sie ab ulteriori litis prosecutione & impensis frustraneis in eam erogandis abgestanden / oder noch abstünde.

CONSILIUM seu RESPONSUM *XXV.*

IN CAUSA DEBITORUM MUTUORUM INTER VIDUAM CHRISTIANAM ET JUDÆUM CONTROVERSORUM, UBI ETIAM MATERIA RECUSATIONIS JURAMENTI DELATI, PRAVITATIS USURARIÆ, FALSIFICATIONIS LIBRI DOMESTICI, COMPENSATIONIS MUTUARUM PRÆTENSIONUM, EXCEPTIONIS NON NUMERATÆ PECUNIÆ, SCti VELLEJANI, NEC NON JURAMENTI OBLATI &c. SOLIDE EXAMINATUR.

Von einigen zwischen eines Christen Wittib und einem Juden strittigen Forderungen und Gegen-Forderungen / worbey verschiedene andere Fragen / als von Verweigerung des übertragenen Eyds übermäßigen Wuchers / Verfälschung des Schuld-Buchs / Vergleichung beyderseitiger Schuld-Forderungen / der Exception non numeratæ pecuniæ, SCto Vellejano, wie auch selbst-angebottenen Eyd &c. gründlich erörtert werden.

1. *Ei, qui semiplenam probationem pro se habere existimat, juramentum suppletorium præstare præcisè incumbit.*
2. *Juramento licet Judiciali delato ad probationes prosilire licet, Judexq; sententiam interlocutoriam corrigere potest; fallit tamen, quando geminatis decretis delatio corroborata fuit.*
3. *Juramento Judiciali etiam locus conceditur tametsi nil prorsus probatum fuerit.*
4. *Qui justam illud recusandi causam se habere putat, delationem remedio appellationis avertere potest, sibiq; imputare*

re debet, si propriâ incuriâ in necessitatem jurandi se præcipitavit.

5. *Jus semel alicui quæsitum invito vicissim auferri nequit.*

6. *Juramentum suppletorium requirit personam legalem cujusmodi Judæus, quando contra Christianum jurare vult, esse nequit.*

7. *Post famulatum examinatus non est Testis omni exceptione major.*

8. *Quando actor susceptam probationem haud perficit, juramentum purgationis subire cogitur, inq; tactis occultis ad illud fit recursus.*

9. *Actor fundatam habens intentionem juramento onerari nequit, ac juramento suppletorio ceu remedio subsidiario locus haud conceditur, quando copia ordinarii suppetit.*

10. *Judæi ex praxi Camerali juramentum deferendi nec non suscipiendi & præstandi sunt capaces.*

11. *Quando Judæi Testimonium non est solum, sed multifariæ probationes concurrunt, ad semiplenam probationem proficit.*

12. *Valet Testimonium Judæi cumprimis de facto proprio deponentis, quando eidem alii Testes Christiani non obstant.*

13. *Idq; multò magis obtinet, quando adversarium usurariæ pravitatis insimulat.*

14. *Quando præter Judæum alius facti notitiam non habet, ejus probatio ab illius Testimonio peti potest.*

15. *In scripturâ privatâ falsitas haud consideratur, quando nullum periculum infert, alia est ratio si nocere possit, idq; ex ipsâ productione apparet.*

16. *Ex laceratione folii falsitas colligitur.*

17. *Quod verisimile non est falsum præsumitur, & ad probandam falsitatem Instrumenti talis probatio sufficit, quod & in libris rationum procedit, præsertim quando apertum mendacium concurrit.*

18. *Pariter ex scripturâ recente in chartam antiquioris temporis conjectâ falsitas arguitur.*

19. *Nec non ex anticipatione datæ.*

20. *Ut & ex tarditate in producendo scripturam privatam commissâ.*

21. *Falsitas Instrumenti per solas conje-*

conjecturas inducitur & falsitatis suspicio in civilibus pro pro falsitate & plenâ probatione quoad tollendam Instrumenti fidem habetur.

22. *Plures præsumptiones Juris simul junctæ plenam probationem faciunt, cumprimis quando requisita falsificationis & propria confessio concurrunt, nec non repugnantia incompatibilis & substantialis inde exsurgit, ac scriptura de falso suspecta nullis adjuvatur adminiculis.*

23. *Data ad substantiam Instrumenti quatenus requiratur.*

24. *Scriptura falsa ad actionem fundandam & percipiendum commodum prodesse nequit.*

25. *Juramentum purgatorum locum non invenit, quando præsumptiones contra deferentem militant.*

26. *Ubi impossibilis est inculpatio, frustra juramentum exigitur.*

27. *Sine aliquâ probatione vel præsumptione ad Juramentum non est deveniendum, & defectus susceptæ probationis juramenti delationem excludit, idq; tàm in personâ Actoris quâm rei obtinet.*

28. *Juramento Judiciali delato, & sententiâ Judicis approbato vis probandi nihilominus integra manet,*

29. *Rei judicatæ inconcussa manere debet authoritas.*

30. *Actor demum temerè litigans ab instituta actione cadit.*

31. *Nemo superfluâ probatione vel Juramento onerandus.*

32. *Geminationis nulla habetur ratio, quando absurdum sequeretur, aut damnum quis inde esset passurus.*

33. *Ubi nihil probatum, non est locus juramenti delationi.*

34. *Omnes interlocutoriæ sententiæ & decreta correctionem admittunt.*

35. *Illud demum dicitur jus quæsitum, quando est certum & indubitatum.*

36. *Invitis quando purgatio indicatur.*

37. *Debitor an exceptionem non numeratæ pecuniæ elapso etiam biennio opponere possit?*

38. *Exceptio non numeratæ pecuniæ post biennium eo ipso probari potest, si confessiones & numerationes diversis temporibus factæ fuerint.*

39. *Paratâ instructus probatione execu-*

executione premi nequit.

40. *Reo super exceptionibus suis actori juramentum deferre licet, nec probandi facultas angustari debet.* vid. tam. n. 50.

41. *Exceptio non numeratæ pecuniæ etiam contra intentatam exceptionem opponi potest, maximè quando instrumenta debitoris intentioni subservientia sunt in promptu.* jung. num. 51.

42. *Exulat autem, quando Judex decretum sive sententiam interposuit, cumprimis quando partes calcularunt, & summa, de quâ controvertitur, in calculo generali fuit computata.*

43. *Quando Judex ejusmodi exceptionem rejecit, tum eam objiciens amplius non auditur.*

44. *Per rem judicatam irretractabile Jus inter partes inducitur.*

45. *Confessio debitoris scripta non nisi apertissimis argumentis cedit.*

46. *Sententia inter juramentum litis decisorium ac juramentum dandorum & respondendorum distinguentium exploditur. Interpretatio non in textu sed ex textu afferri debet, & à novis opinionibus Doctorum cavendum.*

47. *Scripturæ tametsi privatæ contra scribentem fides habetur, cumprimis quando totum Instrumentum manu debitoris scriptum, ejusq; sigillo corroboratum & in Judicio productum nec ab Adversario impugnatum fuit.*

48. *Indoles & natura contractus Chirographarii juramenti delationem præscindit.*

49. *In Conventione liquidâ nulla reconventionis illiquidæ admittitur dilatio.*

50. *Ubi exceptio non numeratæ pecuniæ opposita reo, juramentum actori deferre haud licet.*

51. *Nec relevat hujusmodi exceptio, quando in Processu opposita sed rejecta fuit.*

52. *Quamvis mulier pro ascendentibus vel descendentibus intervenerit, beneficio tamen SCti Vellejani ei subvenitur, & tàm juris quàm facti alieni ignorantia præsumitur ac condictio debiti vel saltem Chirographi inde exsurgit.*

53. *Distinctio inter solutionem, quæ sine & quæ præviâ obligatione*

ne fit, traditur,

54. *Imputare sibi debet Creditor, qui sciens mulierem intercedere tàm labili securitati se commisit.*

55. *Quando biennio vel ulteriori tempore elapso intercessio geminatur, non ex sexus fragilitate sed magnâ deliberatione facta, & non alterius sed propriâ suâ causâ se obligâsse præsumitur, etiamsi pro Marito intercesserit.*

56. *Idq; ampliatur etiamsi biennalis ratificatio non præcisè verbis sed re ipsâ & facto fuerit declarata.*

57. *Consequens qui vult antecedens velle haud censetur, quando hæc requirit specificam expressionem, quod tamen limitatur.*

58. *Mulier haud juvatur, quæ ipsa se necessitati subjecit.*

59. *Per contradictionem debitoris mutuum debitum negantis compensatio haud impeditur, sed sufficit instrumentum obligationis judicialiter productum & pro liquido agnitum fuisse. Compensatio quando effectum sortiatur.*

60. *Mulier realiter solvendo non intercedit & solutum condicere vel ipso jure compensatum retractare nequit.*

61. *Semel extinctum contra leges reviviscere nequit, & sententia tantum operatur quantum juramentum.*

62. *SCtum Vellejanum locum haud invenit, quanda Mulier decipiendi, animo pro aliquo intercessit, cumprimis quando peritiores consulere potuit, etiamsi de damno vitando certet, Judexq; causam exactè cognoverit.*

63. *Intrat præsumptio scientiæ, quando præsumptio ignorantiæ facilè eliditur, & factâ approbatione non patet amplius via impugnationi.*

64. *Quando mulier solutionem debiti alieni ex pietate promittit, rigor Vellejani quiescit.*

65. *Contraria supra* n. 52. & 53. *adducta refelluntur.*

66. *Cursum executionis exceptio Vellejani sistere nequit, quando Mulier debitum tanquam proprium geminando fecit,*

67. *Justè juratur super eo, cujus quis notitiam habet, sive factum proprium sit sive alienum.*

68. *Con-*

68. *Contrariis uti probationibus licet, nec probatio probationem excludit, sed fortior vincit debiliorem.*
69. *Super confirmanda veritate ejus, quod quis audivit, juramentum rectè suscipitur & defertur.*
70. *Scriptura privata contra scribentem fidem haud meretur, nisi prius recognitio etiam in Processu summariissimo accesserit.*
71. *Probatio fit Judici, & in quonam partes ejus sint positæ?*
72. *Perjurii metum de se faciens juramento non committi debet.*
73. *Nec justis & probabilibus argumentis deficientibus illud locum invenit.*
74. *Spontè se ad juramentum offerens non auditur.*
75. *Probationes & nonnunquam juramenta in casu duntaxat dubio haud verò actoris intentione probatâ & sententiâ latâ admittuntur.*
76. *Juramento super scientiâ locus non datur, ubi Chirographum à debitore scriptum vel subscriptum nullisq; apertissimis probationibus contrarium evinci potuit.*
77. *Quando Instrumentum in Judicio ad Actoris instantiam ritè fuit productum pro recognito habetur.*

SPECIES FACTI.

MArcus ein Jud hat mit einer wohl-habenden Bürgerin Susanna / welche hin und wieder Capitalien / und zuweilen um ziemlich in die usurariam pravitatem einlauffenden Zinnß / wie dann / daß Sie / wo nicht mehr / doch 8. pro Cento genommen / überwiesen werden kan / ausgeliehen / zu thun gehabt / und dahero Anno 1693. im Augusto, nachdem er Sie zu keiner Abrechnung bringen können / Sie Gerichtlich belanget / worauf eine Commission verordnet / und vor derselben dem Juden von der Susanna vorgeworffen worden / sie habe von dem Marx zwey Obligationes eine auf 500. Reichs-Thaler / die andere aber à 200. Fränck. Gulden in Händen gehabt / und da Sie diese Schuld von ihm gefordert / habe

Jud Marx dargegen eingewandt / es habe ihr Eydam ein Organist auch 425. Thaler von ihme entlehnet / dahero er eine Gegen-Forderung habe / worauf die Susanna sich die Obligation vorlesen lassen / und daß er ihr selbige mögte anvertrauen / umb ihren Eydam darüber zu vernehmen gebetten; Jud aber nicht eher darein consentiren wollen / biß zu seiner Versicherung Sie Susanna ihre zwey Obligationes ihme zu Handen stellete / welches auch geschehen. Nun hat die Liquidät der Jüdischen Prætension mit der Susanna Eydam / wegen seines darzwischen gekommenen Todes-Falls nicht können ausgemacht werden / und hat die Susanna weiter nichts können opponiren / als daß ihr Eydam sich habe vernehmen lassen / nicht so viel von dem Juden bekommen zu haben / als die Obligation besaget / welches Sie mit einem einigen Zeugen / der zugleich Advocatus causæ gewesen / darzuthun sich bemühet / vom Gegentheil aber solches abgeleinet und darauf Anno 1696. ein gerichtlicher Bescheid dahin ertheilet worden / daß die Susanna wegen ihrer freywillig versprochener Zahlung schuldig seye des Judens Prætension an ihren verstorbenen Eydam gegen die Ihrige abziehen zu lassen / und sich wegen beyderseitigen Capitalien so wohl als zuläßiger Zinnsen zu berechnen. Hiervon hat nun die Susanna weder appelliret noch Revisionem begehret/sondern nur den Marx zur Liquidation anzuhalten gebetten / wobey nichts mehr vorgekommen / als daß die Susanna wieder vorgeben wollen / der Jud habe die eine Obligation à 500. Reichs-Thaler geändert / und eine andere nur auf die Helffte / nemlich 250. Reichs-Thaler lautend / substituiret / hingegen dieser Beschuldigung contradiciret / und auf seine Gegen-Forderung der 425. Reichs-Thaler beharret / biß die Susanna ihm das Juramentum deferiret / und eydlich zu diffitiren / daß er nicht zwey Obligationes eine von 500. Reichs-Thaler und eine von 200. Fränck. Gulden bekommen habe / welches auch dem Juden durch zweymahlige Decreta imponiret worden; Dieser aber hat hingegen um Permission sein Gewissen mit Beweiß zu vertretten / und die Rationes, warum er à præstatione juramenti absolviret werden könne / coram Commissione zu übernehmen gebetten / auch solche erhalten / vor deren er nicht nur /

daß

daß er nicht Teutsch schreiben / und also in propriâ personâ keine Obligation mutiren könne / sondern es habe sein gewesener Schreiber Nathan alle dergleichen Schuld-Brieffe geschrieben / und dieser müste auch das beschuldigte Falsum begangen haben / vorgestellet / sondern auch auf Production des Gegnerischen Schuld-Buchs gedrungen / bey dessen Vorlegung sich zwar gefunden / daß die Creditricin hinein geschrieben / daß Sie dem Juden und seinem Sohn auf zwey Obligationes gegeben habe 500. Thaler und 200. Gulden / allein es ist dabey observiret worden / daß die Schrifft noch gantz neu / und auf das Blat de Annis 1686. und 1689. diese zwey Jüdische Posten sine die & titulo, warum Sie dem Juden gegeben worden / gesetzt gewesen / welche doch erst Anno 1693. vorgeliehen worden / und dahero ein Blat abgelöset seyn müste / welches zwar die Gegnerin auf ihren Mann / daß er einstens ein Schuld-Register zerrissen habe / schieben wollen / dieser aber erwiesen / daß erst Anno 1692. und also nicht in Annis 1686 und 1689. sondern eben dem jenigen / da Marcus das Geld von der Creditricin, hrer eigenen Bekänntnus nach / entlehnet / bekommen / von seiner Frau geschieden worden / und also nicht mehr in ihrem Hauß wohnhafft gewesen / umb welcher und anderer Ursachen wegen / und weil er der Susannen ohne Furcht des Meineyds bey solchen wider sie streitenden Indiciis weder das Juramentum Calumniæ anmuthen / noch das Litis Decisorium mit gutem Gewissen deferiren können / ihme erlaubet worden / sein Gewissen mit Beweiß zu vertretten / da er dann durch seinen gewesenen Schreiber Nathan Eydlich bewiesen / daß er / der doch zu den andern beyden Obligationen à 250. Reichs-Thaler und 200. Fränck. Gulden sich bekennet / niemals vor die Susannam einige Obligation auf 500. Reichs-Thaler geschrieben habe. Weil nun diese Zeugschafft nebenst andern à Judæo vor sich angezogenen Argumentis die offene Justiz vor sich gehabt / so ist hierauf beyliegende Sentenz sub lit. A. ertheilet / der Jud der Eyds-Abschwörung enthoben / und seiner Gegnerin bessern Beweiß zu führen auferlegt worden /

Nun hat dieselbe wider dieses Definitiv gleichfalls kein Remedium suspensivum vorgekehret / sondern nach zweyjährigen Zeit-Verkauff erst eine unvollkommene Speciem Facti und Supprimirung der nöthigst und Hauptsächlichsten Umbstände auf eine Universität verschicket / und ein ihrem Vorbringen gemäses Responsum dahin erhalten / daß 1.) der Jud nach dem Anno 1696. ergangenen Bescheid (weil die Absolutoria de Anno 1700. den 5. April von der Susanna verschwiegen worden) das deferirte Juramentum, weil er mit seinem Beweiß fort zu kommen nicht vermocht habe / annoch præstiren oder Sachfällig werden / und dem Tenori prioris Chirographi nachzahlen müsse. 2.) daß er Jud gleichfalls die in Handen habende Obligation à 425. Reichs-Thaler beschwören solle / und daß 3.) die Susanna vor die Obligation ihres Eydams nicht stehen dörffe.

Ob aber bey dieser wahren und vollkommenen Specie Facti die Susanna mit ihrem erpracticirten Responso reüssiren könne / wird ein Hocherleuchteter hierüber consulirender JCtus umb so ehender sehen / wann solcher quoad primum decisionis membrum erwegen wird / daß Jud (*a*) semiplenam probationem eines Zeugen vor sich hat / der sich zu beyden Obligationen solche selbst und keine andere von 500. Reichs-Thaler geschrieben zu haben bekennet; Dann obschon vorgegeben werden will / daß Judæus nicht könne contra Christianum Zeugschafft geben / so ist doch (*b*) die Praxis Imperii in contrarium, das in Ordin. Cameræ denen Juden vorgeschriebene Eyd in causis Christianorum bekannt / und in Camerâ observiret / daß einem Juden das Juramentum Suppletorium contra Christianum könne deferiret werden / da er dann quasi in re propriâ Testis ist / warumb dann nicht auch in re alienâ.

Mynſ. *5. Obſ. 6.*

Wie dann auch (*c*) Testimonium ejus qui famulus meus fuit, sed necdum est, nec ad me revertitur, post examen in jure validum est.

Tuſch. *lit. T. c. 202. n. 14.*

Daß

Daß auch (*d*) das delatum juramentum decliniret werden könne / beweiset mit vielen Rationibus

Cothmann. *v. 2. Resp. 82. n. 58. seqq.*

Worunter vornemlich mitgehöret / si juramentum alteri parti referre periculosum,

per *L. 34. pr. de Jurej.* ibique Brunnem.

Und seyn (*e*) plurimi & insignes Dd. der Meynung / quod sola delatio Actoris non sufficiat ad hoc, ut reus vel jurare vel juramentum referre cogatur, aut si neutrum faciat, pro confesso haberi debeat, sed quod propterea requiratur, ut Actor aliquod probaverit, vel contra Reum aliqua sit juris præsumptio;

L. 3. C. de reb. cred.

adeoque si nil probet, vel levissimam saltem pro se habeat præsumptionem rectè recusetur juramentum delatum;

Barbos. *l. c. c. 126. ax. 38.*
H. Hartmann. *pr. Obs. tit. 13. de prob. observ. 3. & tit. 24. de Jur. obs. 2.*
Cothmann. *2. Resp. 82. n. 42. seqq.*

Nun hat aber die Susanna gar nicht probiret / daß der Jud eine Obligation à 500. Reichs-Thaler ausgestellet / und solche nachgehends in 250. verändert habe.

(*f*) Die Susanna hat auch nicht gleich Anfangs das Juramentum dem Juden deferiret / sondern mit ordentlichem Beweiß wider ihn verfahren wollen / nichts aber als ihres gebrauchten Advocati schrifftlichen Zeugnus / welches er morte præventus mündlich nicht erhärten können / zu produciren gewust. Non posse autem eum deferre Juramentum decisivum, qui suscepit viam probationis & non potuit probare ex

L. 11. C. de reb. cred.
colligit Berlich. *p. 1. c. 29. n. 10. cum ibi alleg.*

&

& aliâs etiam si actor in probatione defecerit, Reum, etsi nihil præstiterit, absolvendum esse colligitur;

ex *c. fin. §. 1. de Jurejur.*

(*g*) Dienet vor den Juden / daß nicht wohl sine metu perjurii à parte der Susannen das Juramentum referiret werden könne / angesehen Sie nicht nur einer mehrmaligen begangenen usurarischen Pravität / sondern auch falschen Schuld-Registers / worvon Blätter heraus gerissen / und sein debitum erst durante lite von ihr hinein / und zwar unter der Jahr-Zahl 1686. und 1689. sine die & causâ debendi geschrieben worden / da doch die Obligation erst vom Anno 1692. lauten soll / zu überweisen seye. Eo verò casu, quo juramentum vel non vel saltem non sine periculo referri potest, etiam delatum posse recusari, cum aliis statuit

Berlich. *p. 3. c. 32. n. 22.*

Zu geschweigen (*h*) quod in casibus, in quibus periculum est, ne perjurium detegatur, puta, si quis testes produxit, deinde adversario juramentum offerat, legitimè illud recusetur.

Berlich. *p. 1. c. 32.*

Wie dann hier / wo Marcus der Jud das Juramentum referiren / und die Susanna schwören sollte / es ohne Perjurio nicht wohl abgehen würde / nachdem des Judens Zeuge Nathan sich zur Obligation eydlich bekannt hat / eine andere aber à 500. Reichs-Thaler geschrieben zu haben nicht gestehen will.

Wie dann auch (1.) nicht zu übergehen / daß Marcus Jud noch nie einen Eyd gethan / sondern solchen lieber mit notablen Einbuß bloß zu Conservirung seines Credits / welcher bey ihm als eines mehrmals mit grossen Capitalien und Wechseln activè & passivè afficirten Handelsmann einen Stoß leiden würde / decliniret. Nun argumentiren aber die Dd. ex

L. 18. de Jurejur.

quod si is, qui jurat, ex jurejurando, quod præstitit, in aliquod peri-

periculum existimationis incidere possit, rectè recusetur juramentum delatum;

Berl. *d. c. 32. n. 24.*

Uber welches alles (*k*) die præsumptio pro Instrumento kommet / welches klar nur von 250. Reichs-Thaler lautet. Qui autem se fundat in Instrumento authentico, dicitur fundatam habere intentionem ex Instrumento, pro cujus veritate semper præsumitur, nisi argumentis luce meridianâ clarioribus contrarium probetur.

Barbos. *L. c. c. 96. ax. 1. & 2.*

Ob nun dieser und etwa anderer Ursachen wegen das Löbl. Judicium nicht mit Recht seye bewogen worden; den Juden von der necessitate jurandi zu absolviren / und hingegen der Susanna bessern Beweiß aufzulegen / und ob nun erst post latam prædictam sententiam, quæ dudum vires rei judicatæ erlanget hat / den Juden aufs neue das Jurament sub præjudicio amissionis causæ könne auferleget werden / darüber will man ein Hocherleuchtetes Bedencken gehorsambst ausbitten.

Was den 2.ten Punct betrifft / wodurch dem Juden seine in Handen habende von der Susannen Eydam extradirte Obligation à 425. Reichs-Thaler de dato 3. Martii 1693. nun erst zu beschwören aufgeladen werden will / absolviret ihn hiervon 1.) die vor schon angezogene præsumtio pro Instrumento authentico 2.) ist zwar bekannt / daß die Exceptio non numeratæ pecuniæ, wo sie intra biennium opponiret würde / wie doch von dem Debitore selbst niemahlen geschehen / sondern nun erst von seiner Schwieger hervor gesuchet wird / das Privilegium hat / daß der Creditor das Onus probandi factam solutionem auf sich nehmen muß / post biennium aber expiriret solches / und der Debitor muß das Contrarium erweißlich machen; Wann aber 3.) die jetzo erst nach zehen-jährigen Verlauff der Jud das Instrumentum Obligationis beschwören müste / so würde ihm contra Jura die solutionis probatio aufgeleget; und würde 4.) kein

Instrumentum mehr so klar seyn können / daß nicht ein zancksüchtiger Gegen-Theil würde anfechten / und seinen Creditoren nach Belieben mit Eyd-Schwüren lacessiren können. Zu dem ist auch 5.) dieser Punct bereits Innhalts der Sentenz Lit. B. Anno 1696. dergestalt ausgemacht worden / daß die Susanna wegen ihrer freywillig versprochener Zahlung schuldig seye / des Judens Prætension an ihrem verstorbenen Eydam gegen die ihrige abziehen zu lassen / und sich wegen beyderseitigen Capitalien so wohl als zuläßigen Zinßen zu berechnen. Worvon 6.) die Susanna weder appelliret noch Revisionem begehret / sondern nur den Juden zur Liquidation anzuhalten gebetten / eoque ipso sententiam approbiret / wie dann auch die Liquidation coram Commissione würcklich erfolget / und der Punctus Validitatis Instrumenti nicht mehr in Disputat gekommen. Dahero 7.) post rem decisam erst ein Juramentum litis Decisorium appliciren zu wollen / gantz illegal und absurd herauskommen würde.

Den 3.ten Punct betreffend / da die Susanna vor ihres Eydams Schuld zu stehen / ex beneficio SCti Vellejani absolviret werden will / stehet demselben im Weg / 1.) enixa voluntas se obligandi, indeme sie nicht nur extrajudicialiter in Beyseyn eines andern Judens Veist mit Namen sondern auch judicialiter coram commissione sich verbunden vor die Schuld zu stehen / wo sie erweißlich und liquid seye. Nun ist aber 2.) super liquidate debiti die præsumptio ex Instrumento authentico mit des Schuldners eigener Hand und Pittschafft bekräfftiget / dahero müste 3.) Susanna die illiquidät probiren oder darvor stehen / welches nun 4.) extra dubium ist / da Innhalts obiger lit. B. bereits den 26. Martii 1696. sie condemniret worden / ihre Forderung an des Judens prætension an ihrem Eydam abziehen zu lassen. Uber welche letztere 2. Puncta gleichfalls ein Rechtliches Responsum cum Rationibus Dubitandi & Decidendi zu ertheilen gehorsambst gebetten wird; wie nicht mindere dieses mit beyzufügen / ob casu quo der Jud nicht in den ersten 2.en Puncten zum Jurament ferner gezwungen werden kan / seine Gegnerin darzu offeriren / oder ihr solches mit Recht auferleget werden könne?

RESPON-

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldtem neben beygehende Facti Species eine zwischen einem Juden Marx genannt / und dann einer Bürgerin mit Nahmen Susannen obschwebende Rechtfertigung in puncto einiger gegeneinander machenden Prætensionen zugeschickt / und mein Rechtliches Bedencken darüber zu ertheilen begehret worden / so hab ich dieselbe nebst denen Beylagen fleißig verlesen / reifflich erwogen / und darauf nachfolgende Rechts-Belehrung / Falls alles in Facto richtig / keine andere Umstände mitunterlauffen / und die angezogene Documenta auch beygelegte Copien mit denen Originalien bestärcket werden können / ertheilen wollen.

RATIONES DUBITANDI.

Anlangend dann die erste Frage: Ob klagender Jud das ihme von der Susannen deferirte Eyd nothwendig & sub pœna amissionis causæ abschwören / und mittelst dessen den vor sich angeführten halben Beweißthum ergäntzen / oder wenigstens der gegen ihn angezogenen Beschuldigung / als habe er die auf 500. Reichs-Thaler sprechende Obligation auf die Helffte geändert / und eine neue substituiret / sich entladen müsse? so tringen einige Motiven hervor / welche dem Juden hierunter zu beschwehren kein geringes Ansehen gewinnen: Allermassen 1.) ausfündigen Rechtens / quod ei, qui semiplenam probationem pro se habere existimat, juramentum suppletorium præstare præcisè incumbat, idque non saltem juri communi conveniens esse demonstrant I.

Dd. ad *L. 3. C. de reb. cred. & jurej.*

& inter eos cumprimis

Hilliger ad Donell. *lib. 24. cap. 19.*

verum etiam tritura forensis comprobat, & Camera Imperialis obser-

observat, teste

Gailio *lib. 1. Obs. 108. n. 6.*

ita ut etiam parte non petente Judex id ex officio exigere teneatur,

d. L. 3. verb. oportet.

Mevius *part. 4. decis. 5. n. 1.*

& eo effectu ut hoc omisso appellationi locus relinquatur;

Coler. *process. Execut. part. 1. cap. 10.*

Salicet. *ad dict. L. 3. n. 5.*

2. Um so mehr / da 2.) in Facto angegeben wird / es seye dasselbe zu præstiren dem Juden allschon durch zweymahlige Decreta auferleget worden / bey welcher Bewandtnus ihme solches nicht wiederum erlassen / und sein Gewissen mit Beweiß zu vertretten erlaubet werden können; quantumvis enim juramento judiciali delato, ad probationes prosilire, iisque conscientiam suam defendere liceat,

Carpzov. *part. 1. const. 14. def. 20.*

Judex etiam sententiam interlocutoriam eam ob causam corrigere possit,

L. 14. de re judic.

non tamen id locum invenit, quando duobus sive geminatis decretis delatio corroborata fuit, neque enim vis ac deliberatio geminatarum interlocutionum ullam rescissionem admittit, ceu cum Zasio tradit

Ummius *de Process. disp. 19. n. 21.*

3. Welches alles auch 3.) Platz ergreiffet / ob man gleich vorschirmen wollte / es seye an Seiten der Susannen nicht das geringste erwiesen worden / cùm ignotum haud sit dicto juramento etiam locum concedi, tametsi nil prorsus probatum fuerit;

L. 35. princ. de jurej.

L. 12. in fin. princ. C. eod.

L. 12. §. pen. de probat.

eamque

eamque communem Interpretum esse sententiam monuit & consulendo secutus est

Brunnem. *Consil. 144. n. 4.*

Hätte dann 4.) der Jud vermeynen wollen / er hätte erhebliche Ur- 4.
sachen / in deren Absicht er mit dem ihme ex adverso deferirten Eyd verschonet werden sollen / so hätte er gleich von dem ersten Decret appelliren / und dardurch der Nothwendigkeit zu schwören sich frühzeitig entladen / keines Weges aber auch das andere erwarten müssen / dum enim ei, qui justam recusandi causam se habere putat, delationem remedio appellationis avertere sit permissum,

arg. *cap. ult. pr. X. de jurej.*
L. 12. §. 2. C. eod.

habet sane, quod sibi imputet, cur propriâ incuriâ in necessitatem jurandi sese ipsum præcipitaverit, negligentiâ siquidem beneficia juris amittuntur;

cap. 1. X. de appellat.

& in ea hærentibus adversus sententiam perfugium denegari solet;

Gylmann. *lib. 4. vol. 1. n. 30.*
Cravetta *Cons. 32. n. 3.*

cùm jura sua legitimo tempore non opponens renunciasse illis censeatur;

Richter. *Consil. 384. n. 11. vol. 2.*

Da nun 5.) der Susannen durch sothane unterlassene Provoca- 5.
tion ein völliges Recht zugewachsen / so hat sie um so mehr Ursach über den dem Juden verstatteten anderwärtigen Beweißthum sich zu beschwehren / auch da solcher berührter massen nicht zuläßig / auf die würckliche Abstattung des ihme übertragenen Eydes annoch zu tringen / neque enim jus semel alicui quæsitum invito vicissim auferri potest;

L. ult. de Pact.
L. 53. de Judic.

quin potius publicè interest, irretractabilem rei judicatæ manere authoritatem;

L. 25. de Stat. homin.
cap. 13. X. de re judic.

6. Wann auch etwa schon 6.) und Letztens ihme das Juramentum suppletorium nicht zugelassen werden solle / in Ansehung / quòd tale requirat personam legalem,

Besold. *Consil. 246. n. 58. part. 5.*

cujusmodi Judæus, quando contra Christianum jurare vult, esse nequit, ceu multis rationibus tuentur;

Mascard. *de probat. concl. 958. n. 10.*
Lauterbach. *Comm. ad Pandect. de jurej. n. 76.*
Manzius *tract. de special. in Jure Comm. 202. Judæorum odium. n. 6. & 7.*

cumprimis vero fusè

Kornmann. *Respons. de Judæis tolerandis. artic. 3.*

Quibus omnibus aperta verba decreti suffragantur in

can. 24. caus. 2. quæst. 7.

7. Bevorab da auch sein gewesener Diener Namens Nathan / testis omni exceptione major zumal nicht seyn / noch dessen Person ad præstandam semiplenam probationem, ohne welche doch ersagtes Eyd gar nicht statt findet /

Mevius *part. 4. decis. 155. n. 4. & 5.*

sufficient seyn kan;

Kornmann. *dict. Respons. artic. 3.*

Ob er gleich dero Zeit / da er das Eyd abgeleget / bey klagendem Juden nicht mehr in Diensten gestanden / post famulatum siquidem examinatum non esse testem omni exceptione majorem nominatim tradit

Farinac. *tr. de Testib. quæst. 55. n. 149.*

So

So scheinet doch nicht zu verstatten / daß er von dem Juramento Purgatorio sich allerdings loßwürcken könne / an einem Theil / quòd si actor susceptam probationem ex asse haud perficiat, juramentum purgationis subire cogatur, ceu adducto præjudicio probat 8.

Richter. *Cons. 227. n. 20. & 21. Vol. 2.*

Am andern Theil aber / quod in factis occultis, ubi veritas aliter haberi nequit, ad tale juramentum fiat recursus;

Mascard. *de prob. Concl. 853. n. 15. seqq.*

RATIONES DECIDENDI

Dessen allem aber ohngeachtet ist es an dem / daß nach Gelegenheit dieses Falls und aller darbey vorkommender Umbständen / klagender Jud Marx / so wenig mit dem Juramento Suppletorio als Purgatorio sich beladen zu lassen schuldig / vielmehr aber deren von Rechts wegen enthoben / und darmit verschonet werden müsse: Solches nun Grundmäßig zu zeigen / so ist 1.) Theorica manifesto jure subnixa & inexpugnabilis, quod actor non possit onerari juramento, qui fundatam habere intentionem perspicitur; 9.

Cap. 2. & 3. X. de probat.
Jason & Dd. *in repet. L. 31. de jurej.*
Baldus *in dict. cap. sicut. 2. X. de probat.*
Mevius *ad Jus Lubec. L. 5. tit. 7. artic. 7. n. 8.*
Tabor *Relat. Argent. 48. n. 8. in fin.*

quam etiam novissimè allegat JCtus Hispanus

Nicolaus Vincentius Scoppa *Observ. Theor. pract. 27. n. 8.*

cùm honesta & justa ejus sit recusatio, qui ideò jurare nolit, quod sufficienter probaverit, benè monente

Wesemb. *Cons. 58. n. 31. part. 2.*

Et juramentum suppletorium vires extraordinarii atque subsidiarii reme-

remedii repræsentet, cui locus haud conceditur, quando copia ordinarii suppetit;

Mevius *part. 7. decis. 376. n. 5.*

10. Nun ist aber des Judens Intention bestens fundiret / und zwar eines Theils per unum testem, famulum quondam Nathan, andern Theils per falsificationem Instrumenti domestici privati credita continentis, sive des Schuld-Buchs. Jenen betreffend / so will man anjetzo nicht gedencken / quod Judæi ex praxi Camerali & Imperii, juramentum deferendi, tum etiam suscipiendi & præstandi sunt capaces,

Marta Neapolit. *tom. 1. Digestor. tit. Juramentum. cap. 16.*
Benenckendorff. *ad tract.* Seraph. de Seraphinis, *de privil. Juram. priv. 123. in addit. num. 8.*
Thulemair. *Relat. Cameral. 7. n. 3. part. 2.*

cùm observantia omnes actus moderetur nihilque dubii remanere patiatur.

Honded. *Consil. 6. n. 36. vol. 1.*
Surdus *Cons. 140. n. 43.*
Bursatus *Cons. 326. n. 6.*

& posteriora prioribus derogare soleant;

L. 28. de LL.
L. ult. de Constit. Princip.
Valdaura *observ. 111. n. 4.*

11. Sondern allein dieses anführen / daß durch die bey diesem Facto concurrirende sehr eintringliche præsumptiones, so in num 2. eröffnet werden sollen / nicht nur des Zeugens Nathans Deposition sonderbahr bestärcket / sondern auch darob ein völliger Beweißthumb dargeleget werden könne. Quando autem Judæi Testimonium non est solum, sed cum illo multifariæ præsumptiones concurrunt, tum exinde firmum robur atque supplementum illi accedit, ita ut ad semiplenam probationem proficiat;

Mascard.

Mascard. *de probat. Concl. 946. n. 14.*
Richter. *Cons. 3. n. 30. part. 1. vol. 1.*

quibus etiam novissimè applaudit

Harprecht. *Cons. 70. n. 368.*

Neben dem findet sich allhier kein Testis Christianus, so des Ju- 12.
dens Zeugnus entgegen stünde / valet autem Testimonium Judæi, quando eidem alii Testes Christiani haudquaquam obstant;

Farinac. *de Testib. quæst. 56. n. 233.*
Seraph. de Seraphinis *de Priv. Jurament. priv. 122. n. 4.*

Zumahlen wann solches de facto ipsius proprio, wie allhier geschicht/ abgeleget wird / tantò magis autem admittendus est Judæus, quando de facto proprio deponit, uti cum Cephalo consuluit

Harprecht *dict. Cons. 70. n. 369.*

Und weil in Facti Specie mitangeführt wird / es könnte die Susanna 13.
usurariæ pravitatis überführet werden / so wäre um so mehr des Nathans Deposition in Obacht zu nehmen / per ea, quæ tradit

Mascard. *dict. concl. 946. n. 28.*

Welchem allen mehrers beyschlägt / daß der Jud Marx Schreibens 14.
unerfahren / und dahero von der wahren Beschaffenheit des strittigen Schuld-Postens der 500. Reichs-Thaler niemand bessere Nachricht als dessen vormaliger Schreiber Nathan ertheilen kan / ubi autem præter Judæum nemo alius facti notitiam habet, ejus probatio ab illius testimonio peti potest & debet;

Farinac. *cit. loc. n. 231.*
Seraphin. *dict. loc. n. 4.*

Anreichend nun auch 2.) die vielfältige præsumptiones, welche 15.
die Falsification des von der Susannen auf Begehren vorgelegten Schuld-Registers zu Tage legen / so erlanget dardurch der Jud Marx fundatam intentionem in vielen Stücken. Dann obwohl sonsten es an deme / quòd in Scripturâ privatâ nullam fidem faciente falsi-

tas considerari haud possit,

Richter *cons. 163. n. 17. vol. 2.*

so zielet doch solches allein auf den Fall / quando falsitas nemini nocet, & nullum periculum infert: Alia est ratio, si nocere possit, idque ex ipsâ productione satis appareat, ceu cum declarat

Cravetta *Cons. 46. n. 1.*

Unde ex fabricatione falsi aliquem teneri de falso, ita ut non sit in consideratione, quod nemini dederit damnum, quia sufficiat, quod possit damnum dare, cum Baldo decidit

Matthæus de Afflictis *decis. Neapol. 404. n. 13.*

Et ita decisum fuisse commemorat

Marta *tom. 2. Digest. 202. falsitas in scripturis. cap. 30.*

16. Elucescit itaque falsitas: Primum ex laceratione seu incisione folii,

Cardinal. Tusch. *lit. F. concl. 44. n. 55.*
Boërius *quæst. 292. col. pen.*
Menoch. *lib. 5. præsumpt. 20. n. 11.*
Tabor. *Relat. Argent. 38. n. 3. in fin.*

quam semper dolosè fieri conjicit,

Cravetta *Cons. 28. n. 8.*

cùm omne malè actum pravè & ex proposito factum censeatur;

L. 1. C. de falsis.

Unde non obscurè colligitur, in folio inciso summam illam haud fuisse consignatam, quæ recenter in folio de annis 1686. & 1689. descripta fuit, aliâs enim non incisa fuisset, qualitas siquidem facti, cumprimis si evidenter apparet & in oculos occurrit, summoperè consideranda;

cap. 1. X. de collus. deteg.
Richter. *Consil. 393. n. 28. vol. 2.*

17. Secundò ex concurrente Susannæ contradictione; authorem enim hujus incisionis proprium indicavit maritum, qui tamen eo tempore,

pore, quo ex propriâ Susannæ confessione Judæus ab eâ pecuniam mutuatus est, jam tum ab illâ fuit separatus; si enim jam tum falsum esse præsumitur, quod verisimile non est,

Besold. *Consil. 240. n. 24. part. 5.*
Portius Imol. *Cons. 147. n. 88.*
Curtius Junior *Cons. 178. n. 5.*

& ad probandam falsitatem Instrumenti talis probatio sufficiat;

Cacheranus *decis. Pedemont. 117. n. 8.*

adeò ut etiam in libris rationum id procedere statuat;

Mascard. *Cons. 741. n. 36.*

Sanè apertum mendacium à tali insimulatione liberum esse nequit;

Althus. *lib. 1. dicæol. cap. 104. n. 67.*

cum mendax in dolo semper esse præsumatur, quando mendacium in Commodum suum redundat;

Carpzov. *p. 3. const. 5. def. 8. n. 5.*
Hartmann. Pistor. *lib. 1. q. 29. n. 4.*

Et eapropter dum author ostendi non potuit, præsumptio inde oritur, quod ipsa incisionem vel alius ejus mandato fecerit;

Mascard. *Concl. 740. n. 10.*

præcipuè cùm ea tali libro domestico ad suam utilitatem utatur, ipsoque non sponte suâ sed urgente actore ad ejus productionem perducta fuerit;

Honded. *Cons. 96. n. 10. & 13.*

Tertiò ex Scripturâ recente in chartam antiquioris temporis con- 18.
jectâ;

Mascard. *concl. 741. n. 32.*

dum enim est confessa, Judæum factâ jam tum à marito separatione, quæ in anno 1692. insecuta fuit, pecuniam mutuasse, impossibile fuit, mutuum in annis 1686. vel 1689. contractum fuisse;

 Menoch.

Menoch. *lib. 5. præs. 20. n. 5.*

sanè enim toties suspicionem falsi oriri, quoties in papyro veteri recens quid scriptum legitur, comprobat

Cravetta *Cons. 957. n. 19. princ.*

cùm etiam falsum ex conjecturis elici possit;

Cephalus *Cons. 241. n. 117.*

19. Quarto. Ex anticipatione datæ, quæ reperitur in Instrumento Susannæ privato sive domestico itidem propriam ipsius confessionem implicante: Refert enim, ceu modò dictum, se data illa ad annos 1686. & 1689. cum tamen exceptio mutui longè post, & facto jam divortio, processerit. Explorati autem juris est die anticipato seu anteriori tempore inserto etiam falsum committi;

L. 1. §. 2. ubi novissimè Feltmann. *de Edendo.*

Wesenb. *Cons. 11. n. 35. ferè in fin. part. 1.*

20. Denique quintò ex tarditate in producendo Scripturam privatam commissâ: Quæ exinde summoperè conspicua redditur, quòd Judæum primùm juramento diffessionis onerare voluerit, librum verò domesticum reticuerit, & tandem non aliter, quàm urgente Judæo eum in conspectum produxerit. Tarditatem autem ejusmodi falsitatis inducere suspicionem cum Mascardo & Farinacio concludit

Besold. *Cons. 246. n. 77.*

ubi n. seq. 78. in confirmationem hujus addit axioma, quod reus contentus præsumatur fovere malam causam quod tamdiù exceptiones suas opponete distulerit;

21. Da nun ex communi Interpretum sententia falsitas Instrumenti per solas conjecturas sich zu Tag legen kan / ceu post Bartolum & Mascardum tradit

Richter. *Cons. 188. n. 7. vol. 2.*

Ingleichen falsitatis suspicio in Civilibus pro falsitate & plenâ probatione

batione quoad tollendam Instrumenti fidem gehalten wird / wie magno Doctorum antiquiorum numero adducto darthut

Cacheran. *decis. Pedem. 117. n. 5.*

ex neotericis verò

Richter. *dict. loc. n. 7.*

præcipuè quando vitium visibile accedit,

Mascard. *concl. 740. n. 6.*

& falsificatio ipsa Instrumenti essentialia veluti quantitatem in mutuum deductum, nec non datam ejus afficit;

Mascard. *concl. 743. n. 10.*

Spes etiam & aucupium lucri simul concurrit

Portius Imol. *Cons. 95. n. 17. & cons. 96. n. 20.*

So wird ja Jedermann nullo negotio finden / daß dem Juden Juramentum Suppletorium, indem er fundatissimam intentionem tùm in ministri sui semiplenâ probatione, tùm in tot præsumptionibus conjunctim plenam probationem facientibus für sich hat / gar ungütlich und denen Rechten zuwider aufgetrungen werden wollen / vielmehr aber derselbe davon allerdings absolviret werden müsse: Dann indeme der Rechts-Lehrer Meynung nach auch nur blosserdings zwey Præsumptiones anreichig seynd / einem Instrument alle Krafft und Beweißthumb zu entziehen / wie cum citatis Anzeige thut 22.

Cacheran. *dict. decis. 117. n. 12.*

So werden vielmehr die viele allhier zusammen kommende Muthmassungen dergleichen Würckung thun / plures enim præsumptiones juris simul junctæ plenam probationem faciunt,

Gloss. *in L. Instrumenta. C. de probat.*

Cravetta *Cons. 143. n. 12.*

allermeist da auch die zur Falsification erforderte Requisita, als Dolus, veritatis mutatio, & læsio hierbey sich angeben;

Mascard. *d. concl. 740. n. 12.*

Richter. *Conf. 163. n. 14.*

Ihre eigene Confession concurriret / quæ in iis, quæ à voluntate confitentis pendent, probationis nervum ponit, & ab omni ulteriori probatione alteri parti relaxationem præstat;

Menoch. *Conf. 21. n. 4.*
Riminald. *Conf. 303. n. 3. lib. 5.*

Daraus repugnantia incompatibilis & substantialis entspringet / quæ totum Instrumentum irritat;

Mascard. *Conclus. 741. n. 41.*

Auch ihr Schuld-Buch auf keine Weiß und Wege salviret werden kan / cum autem Scriptura de falso est suspecta, si nullis adjuvatur adminiculis ad absolvendum effectum parere visum est, ceu in terminis terminantibus tradit, atque in Regno Lusitaniæ judicatum esse refert;

Marta *dict. tit. cap. 32.*

23. Und thut 3.) nichts zur Sache / quod data ad substantiam Instrumenti haud pertineat, quia etiam sine hâc mutuum validè & perfectè contrahi potest,

pr. Inst. quib. mod. re contrah. obl.
L. 2. §. 2. de reb. cred.

siquidem sciendum, quòd data quidem non requiratur ad hoc, ut res gesta dicatur ritè & rectè gesta, faciat verò ad hoc, ut veritas rei gestæ probetur, ut promptè

Scaccia *tract. de Commerciis. §. 2. gloss. 1. n. 37.*

unde si data illa fraude & confessione concipientis mutata deprehendatur, infringi eam utique necesse est;

Linck. *de datâ Instrum. cap. 5. n. 61.*

Imò & in terminis protocolli notant Interpp. hoc ipsum vitiari, quando Cancellatio circa diem, quia pars substantialis est, facta repe-

reperitur, ceu pertinenter scripsit

Hippol. Riminaldus *Cons. 30. n. 40.*

So will auch 4.) wenig verfangen / daß der Jud sich zu beyden 24.
Obligationen, sonderlich aber zur Helfft der jenigen / so auf 500. Reichs-Thaler lautet / bekennet / quo casu non totum Instrumentum, sed pro parte saltem vitiari & falsum reddi asseverat cum citatis

Mascard. *dict. concl. 743. n. 16.*

Massen sothane Helfft einig und allein ex Instrumento obligationis actoris nomine à ministro ejus confecto, subscripto, & Susannæ tradito, nicht aber ex recenti & anticipatâ hujus Scriptura entspringet / und zu behaupten stehet / cùm hæc posterior propter dolum & confessionem adversariæ concurrentem sit falsa & ipso jure nulla;

L. 24. §. 1. de pign. act.

Gloss. *in L. 2. C. de hæret.*

Tantum verò abest, ut ad actionem fundandam & percipiendum commodum prodesse possit, cùm nemini malitia sua patrocinari debeat;

L. 38. ex quib. caus. major.

cap. 12. X. de dol. mal.

& nullum quod est, nullam producere possit actionem.

L. 4. §. 6. de re judic.

Decius *in L. non ut ex pluribus. de R. J.*

Gleichwie nun bey so vollkommenen gezeigten Beweißthum dem Ju- 25.
den mit dem juramento purgatorio in ihn gar nicht getrungen worden / cùm nullæ præsumptiones contra ipsum, omnes verò contra adversariam militent, ac proinde in illius personâ tale juramentum locum invenire nequeat;

cap. 13. X. de purgat. canon.

Heigius *part. 1. quæst. 40. n. 35.*

Feltmann. *Respons. milit. 2. n. 2.*

Sonder-

26. Sonderlich da der Jude Schreibens unerfahren / und dahero die ihme beygemessene Beschuldigung / als habe er die Obligation à 500. Reichs-Thaler verfälschet / und eine andere substituiret / ohnmöglich begehen können / ubi autem impossibilis est inculpatio, ibi frustra juramentum exigitur, cùm nemo obligetur & adstringi possit ad impossibilia;

L. 3. princ. §. 4. & 6. de SCt. Silan.
Richter. *cent. regul. reg. 4.*

& juramentum tribus comitibus, judicio, justitiâ & veritate stipatum esse debeat;

cap. 26. X. de jurej.
can. 2. caus. 22. quæst. 2.

27. Ziehet man auch 6.) in Consideration, daß die Susanna zwar Anfangs den Beweißthumb gegen den Juden führen wollen / gleichwol aber darmit nicht auslangen können / so wird dieser umb so mehr mit dem deferirten Eyd zu verschonen seyn; Quantumvis enim multis sit persuasum, juramentum etiam sine ullâ probatione deferri posse, licet illa suscepta fuerit, ceu probant

Struv. *Exerc. 17. th. 32.*
Nebelkrä *decis. 11.*
Tessaur. *decis. 93. n. 1.*

veriorem tamen & communem Interpretum esse opinionem, quod sine aliquâ probatione vel præsumptione ad juramentum non sit deveniendum, judicat

Cothmann. *Respons. 82. vol. 2.*

& cum eo

Mevius *part. 6. decis. 405. n. 9.*

Applaudit quoque itidem ad Dd. communiter provocans

Tabor. *Relat. Argent. 36. n. 9.*

ubi notabilibus textibus ex jure tum Civili tum Canonico eam firmat, & quidem ex

L. 11.

L. 11. C. de reb. cred.
cap. ult. X. de jurej.

Unde Dd. per modum brocardici subinde tradiderunt: Defectum susceptæ probationis juramenti delationem excludere,

Tusch. *lit. I. concl. 536. n. 3.*
Carocius *tract. de juram. lit. decisor. quæst. 2. & quæst. 32. vers. Sextus decimus casus est.*

cujus rei decantatam rationem assignant, quod actore non probante reus absolvatur;

L. 4. C. de Edend.
Mascard. *concl. 958. addit. in fin.*

& quamvis adducta omnia de personâ actoris loquantur, idem tamen obtinet in persona rei, ut si exceptionem à se obmotam probare non potuerit, & propterea Actori juramentum detulerit, hic jurare haud compelli possit, quia notum sit, reum excipiendo actorem fieri,

L. 2. de Except.
can. 47. dist. 50.

& quia Reus & Actor eodem jure censentur, & eadem utriusque est conditio;

cap. 2. X. de mutuis petit.

Hingegen ist 7.) denen Rechten gemäß / daß ohngeachtet dem Juden durch zweymalige Decreta der von der Susannen deferirte Eyd zu præstiren auferleget worden / er dannoch darvon liberiret / und zu dem anerbottenen Beweißthum zugelassen werden könne / cùm juramento judiciali delato & sententiâ Judicis approbato vis probandi nihilominus integra maneat, per textus in 28.

L. 30. de jurej.
cap. 2. de probat.
lib. 1. Feudor. 4. princ.

Religione enim magis quàm conscientiâ adductus videtur quis

juramentum declinare;

L. 8. de condit. instit.

Atque hanc sententiam receptiorem esse tradit

Rauchbar. *p. 2. n. 19. & 23.*

quam etiam sequuntur

Herculan. *tr. de proband. negat. n. 204.*
Anton. Faber. *Cod. de jurej. def. 3.*
Mevius *ad Jus Lubec. L. 5. Tit. 8. art. 2. n. 22.*
Brunnemann. *ad L. 9. in f. C. de reb. cred. & jurej.*

29. Da auch 8.) die Sache bey der Commission endlich dahin angediehen / daß des Juden Prætension gegen der Susannen Forderungen abzuziehen Bescheid ertheilet / diese auch denselben seine Rechts-Krafft erreichen lassen / so ist um so viel weniger thunlich / dem Juden mit Aufbürdung eines Eyds beschwerlich zu fallen / cùm inconcussa rei judicatæ manere debeat authoritas,

L. 207. de R. J.
L. 36. fam. hercisc.

neque permittendum, ut quispiam contrario ausu eam vellicare in animum inducat;

Decius *Cons. 445. col. 5.*
Socinus *regul. 16.*

30. Lässet sich auch 9) und beschließlich weniger als nichts hören / daß der Jud / bey Verweigerung des Eyds / amissione causæ bestricket werden sollte / cùm in vulgus notum sit, actorem demum temerè litigantem ab instituta actione cadere;

Nov. 124. c. 1. in fin.
auth. *principales. C. de Judic.*

Da aber in gegenwärtigem Fall der Jud durch den ihme zukommenden vollkommenen Beweißthum von aller Temerität befreyet wird / nicht weniger auch authoritatem rei judicatæ vor sich hat / so fällt

die

die vermeynte amissio causæ von selbsten hinweg.

Manzius *ad §. 1. Inst. de pœn. tem. litig. n. 7.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Aus diesem dergestalt bewährtem Satz-Gründen können die Eingangs 31.
angeführte Zweifel-Gründe ohnschwehr hintertrieben worden; Und zwar lässet der erste sich auf gegenwärtigen Fall / da des Klägers Intention vollkommen erwiesen / wie Rat. Decid. 1. & 2. weitläuffig dargethan worden / gar nicht appliciren / nemo siquidem superfluâ probatione onerari debet;

arg. *L. 14. §. 1. ut legat. nom. cav.*

Carpzov. *part. 1. const. 17. def. 25. n. 3.*

itemque nec superfluo Juramento;

Mevius *part. 6. decis. 53. n. 8.*

Der zweyte erhält dardurch seine Abfertigung / daß eben dardurch 32.
eine unschickliche Sache entstehen / und dem Juden ein großer Unlust zuwachsen würde / wann er bey habenden völligen Beweißthumb dannoch mit einem Eyd beladen / und dergestalt die vorhin erwehnte zweymahlige Decreta in ihrem Vigeur gelassen werden sollten / geminationis autem nulla habetur ratio, quando absurdum sequeretur, aut damnum quis inde esset passurus, ceu in terminis consuluit

Bursatus *Cons. 18. n. 24. lib. 1.*

Durch das jenige was in Rat. Decid. 6. bewähret worden / wird 33.
auch dem dritten Zweiffel-Grund begegnet / zumal da wir allhier in den Terminis versiren / da die Susanna erstmals ihre Exception zu erweisen sich vernehmen lassen / nachgehends aber / und da sie darinnen deficiret / den Juden zu einem Eyd adstringiren wollen / ubi autem nihil probatum, non est locus juramenti delationi,

Mevius *part. 6. decis. 408. n. 2.*

Hhh 2 cùm

cùm absurdum sit eum, qui aliam probationem desperavit, ad juramenti Religionem convolare, velle, ceu cum Rescripto

L. 11. C. de reb. cred. & jurej. loquitur.

Tabor. *Relat. Argent. 36. n. 9.*

34. Mit dem vierten Gegensatz wird auch wenig ausgerichtet / weil niemals einige Appellatio sine justo gravamine ergrieffen werden kan / dergleichen aber zumal nicht vorhanden / wann von eben dem Richter / so die Decreta ertheilet / deren Aenderung erlanget werden kan / quotiescunque enim idem Judex, qui aliquid jussit vetuitve, contrario imperio id tollere potest, tum non esse admittendam appellationem cum Antonio Fabro decidit

Mevius *part. 7. decis. 292. n. 7.*

cum tralatitium sit, omnes interlocutorias sententias ac decreta correctionem & emendationem admittere, ceu antea quoque dictum ex

L. 14. de re judic.

35. Wodurch dann auch das fünffte Einstreuen zerfället / cùm illud demum dicatur Jus quæsitum, quando est certum & indubitatum;

Cardinal Tusch. *lit. I. concl. 625. n. 1.*

Ast verò tale dici nequit, cujus correctio potestati judicis subjacet;

d. L. 14.

cum sententia interlocutoria tacitam implicet conditionem, nisi à judice corrigatur, quâ proinde pendente sententia illa plenum & perfectum robur habere nequit;

L. 8. si. quis omiss. testam.

Surdus *Consil. 186. n. 12.*

36. Was endlich und zum sechsten / de inidoneitate tum Judæi ipsius, tum ejus ministri, nec non de Purgatorio juramento obmoviret worden ist / allschon sub Rat. Decid. 1. völlig unterbrochen worden;

den; wohin gehöret / was pertinenter anführet

Ambrosius le Gauffre *in Comm. ad decretal. tit. de purgat. canon. p. 657.*

Invitis, ait ille, non indicitur purgatio, nisi ex probabilibus suspicionibus orta sit ejus criminis, contra reum apud bonos & graves viros, infamia, quod aliâ juris viâ non possit detegi;

Die andere Frage bestehet darinn: Ob klagender Jud die von der Susannen Tochter-Mann Johann Wilhelm P. erhaltene / und in Handen habende Obligation à 425. Reichs-Thaler nun allererst zu beschwören gehalten seye?

RATIONES DUBITANDI.

Ob dann wohl 1.) bekannten Rechtens / quod Debitor exceptionem non numeratæ pecuniæ elapso etiam biennio opponere possit, si probare queat, pecuniam sibi numeratam non esse, ceu multorum suffragiis stabilit, & contraria diluit 37.

Mantica *tr. de tacit. & ambig. Convent. lib. 18. tit. 2. n. 23. & seqq.*

cum Debitor post biennium perdat saltem beneficium opponendi exceptionem, quæ transferat onus probandi, sed non perdat beneficium probandi veritatem, ceu apposité loquitur

Cardinal. Tusch. *lit. E. concl. 421. n. 7. fin.*

& falsitas numerationis adeo sit odiosa, ut meritò ejus probatio admitti debeat;

Castrens. *Consil. 233. n. 2. lib. 2.*

cum dolo censeatur peti, quod numeratum non est;

L. 2. §. 14. de dol. mal. & met. except.

eamque sententiam in judicando receptam esse, probat

Brunnemann. *Cons. 90. n. 24.*

ac multis modis ampliat

Besold. *Cons. 58. n. 71. & seqq. & Cons. 63. n. 97. part. 2.*

Diesemnach nicht unbillich der Susannen zu vergönnen / daß sie mit dergleichen Exception gegen des Juden an ihren Eydam gemachte Prætension, sich schützen möge.

58. Sie auch 2.) deßfalls mit genugsamen Beweißthumb instruiret zu seyn scheinet / weil ihr Angeben / es habe ihr Eydam nicht so viel von dem Juden bekommen / als die Obligation besaget / mit dem Urtheil sub lit. B. übereinkombt / als worinnen in plurali numero der Capitalien, gleichwol aber darbey in singulari nur einer Obligation gedacht wird; notabiliter autem & singulariter tradunt Interpp. quod eo ipso exceptio non numeratæ pecuniæ post biennium probari possit, si confessiones & numerationes diversis temporibus factæ fuerint, uti videre est apud

Manticam *dict. loc. n. 39.*

Marquard. *tract. de Jur. Mercat. lib. 3. cap. 8. n. 30.*

59. So daß da sonsten 3.) probatio negativæ sehr difficil, auch deßwegen paratæ executioni nicht entgegen stehet / sondern vielmehr bey der Reconvention zu suchen vorbehalten wird / wie bezeugen / und præjudiciis bestärcken

Carpzov. *part. 1. const. 32. def. 66. n. 16.*

Richter. *Cons. 239. n. 8.*

Dannoch dergleichen allhier nicht statt findet / indeme ersagter Beweißthumb vor sie militiret / cùm paratâ instructus probatione executione premi nequeat, eò quòd in tali virtus causarum, pondus litis, & totius controversiæ exitus consistat, perque eam omnis ulterior contentio removeatur;

Baldus *Rubric. X. de Judic. n. 10. col. 3.*

Bartol. *in L. 2. n. 8. col. 4. C. de Episc. aud.*

40. Neben dem 4.) desto mehr zu verstatten / den Juden mit einem Eyd zu allen Uberfluß zu belegen / indeme diese Dispute beydes durch ihres Eydams/

Eydams / als auch des Advocati causæ zeitigen Abgang nicht ausgemacht / noch auch was hierzu anreichig vorgekehret werden können / gleichwohl aber / wie es hierum beschaffen / dem Juden am allerbesten bewust seyn muß / licitum siquidem reo super exceptionibus suis actori juramentum deferre;

Richter. *Consil. 212. n. 5. vol. 2.*

præcipuè cùm ob difficultatem probandi admittatur, quod aliâs locum haud invenit;

Mevius *part. 2. decis. 68. n. 4.*

& probandi facultas non angustari, sed ampliari debeat, ne veritas supprimatur, & injuria alicui inferatur;

Mevius *part. 1. decis. 78. n. 10.*

Hierzu auch 5.) kombt / quod etiam contra intentatam executionem exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit, ceu verissimam & communissimam hanc Doctorum esse sententiam astruunt 41.

Hartmann. Pistor. *part. 4. quæst. 12. n. 7.*

Carpzov. *p. 1. const. 32. def. 65.*

Zumahl da geschehen kan / ut etiam Instrumenta sint in promptu, quæ debitoris intentioni subserviant, talia enim utique executionem remorari pluribus commonstrat

Giurba *decis. Messanens. 61. n. 11.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

Alldieweil jedoch 1.) ob dem im Jahr 1700. ergangenem Urtheil sich klar ergiebet / daß klagenden Juden an ersagten Johann Wilhelm P. gehabte Forderung als liquid befunden uñ angenomen / die Zinnsen ihme darvon beschriebener massen zuerkandt / und die Susanna ihre Prætension sich dagegen abkürtzen zu lassen angewiesen worden / woraus anderster 42.

nicht

nicht zu schlüssen / als daß sie dargegen mit Bestand nichts vorkehren können / sondern vielmehr ihres Eydams Handschrifft als gültig passiren lassen / und tacitè gut heissen müssen / exulat autem exceptio non numeratæ pecuniæ, quando Judex decretum sive sententiam interposuit, eò quod tum in judicio censeatur facta confessio, ceu cum Baldo in terminis suggerit

Cardinal. Tusch. *lit. E. concl. 420. n. 15.*

cumprimis quando partes calcularunt, & Summa illa, de qua controvertitur, in calculo generali fuit computata;

Tusch. *d. L. concl. 421. n. 6.*

Certissimum siquidem inde nascitur indicium, omnia ad liquidationem debiti requisita necessària in facto esse deprehensa, nimirum certitudinem contrahentium, certam debiti quantitatem, & certam debiti seu obligationis causam, sicut ea sigillatim recenset;

Mevius *ad Jus Lubecens. lib. 3. tit. 1. artic. 1. n. 7. & 8.*

nihil etiam incidisse, ex quibus chirographi contenta singula in dubium vocari possent & proinde non ferendum, ut de illis ulterius disceptetur;

arg. *L. 16. C. de Judic.*

ubi enim in claris versamur, nulla ulterius admittenda quæstio;

L. 25. §. 1. de legat. 3.

neque id quod clarum ulteriori indiget probatione

L. 1. de restit. in integr.

esset siquidem temerarium super re liquidâ & clarè debitâ quoque nullâ tergiversatione celari potest, litigare ac concludere, non agnoscendo bonam fidem, ut promptè loquitur

Hering. *tr. de fidej. cap. 26. n. 18.*

43. Zumahl da 2.) die Susanna auch schon vor dem im Jahr 1696. eröffneten Bescheid diese Exception vorgeschützet / dannoch aber darmit als irrelevant nicht gehöret / sondern vielmehr abgewiesen worden:

quando

quando autem Judex super ejusmodi exceptione cognoscit, eamque ceu irrelevantem rejicit, seu non attendit tum eam objiciens amplius non auditur, ceu cum citatis inculcat

Berlich. *part. 1. concl. 84. n. 92. & 95.*

Hieran auch 3.) umb so weniger zu zweifflen / da ihrerseits kein Remedium Suspensivum dargegen ergriffen / und hierdurch dem Klägern ein unhintertreibliches Recht zugewachsen / ihro aber der Weg / zu allem ferneren Einwenden / abgeschnitten worden / cùm tralatitium sit, per rem judicatam jus irretractabile inter partes induci, & ulterioribus allegationibus ac disputationibus aditum præcludi; 44.

L. 23. §. 3. de condict. indeb.

cap. 13. X. de re judic.

cumprimis quando sententia auditis partibus & juribus earum accuratè investigatis, pronunciata;

Vultej. *Cons. Marp. 29. n. 5. vol. 1.*

Ingleichen ohnedem 5.) zu Recht versehen / daß dem Debitori dahin den Creditorem zu nöthigen keines Weges erlaubet seye / daß dieser die mit jenes Hand und Siegel verwahrte Obligation, mittelst eines leiblichen Eydes / erstreiten müsse; 45.

L. 14. §. 3. C. de non num. pecun.

sondern vielmehr seine negativam anderster nicht als liquidissimâ probatione durchzuschwingen gehalten seye / confessio siquidem debitoris scripta non nisi apertissimis argumentis cedit, in quorum numero juramentum haudquaquam habetur, per textum expressum in

d. L. 14. §. 3.

L. 25. §. ult. de Probat.

Tabor. *Cons. 191. n. 43.*

in tantum ut ne testes quidem admittendos esse prætendat;

Brunnemann. *ad L. 25. de Probat. n. 14.*

Unde justam appellandi causam inde enasci, si creditor eo nomine, juramento oneretur, decidendo comprobat

Mevius *part. 5. decis. 73.*

46. Ohngehindert daß 6.) einige von denen Rechts-Lehrern einen Unterscheid inter juramentum litis decisorium & juramentum dandorum & respondendorum machen / und das Letztere auch de jure communi, das Erstere aber gar ex æquitate canonicâ verstatten wollen; wie zu sehen beym

Menochio *Cons. 47. n. 9.*

Massen solche Meynung austrücklich verwirfft / und darfür warnet laudatus

Marquard. *lib. 3. cap. 8. n. 26.*

Nicht weniger auch selbige ob evidentem adducti rescripti sensum & rationem inibi contentam in Zweiffel ziehet

Brunnemann. *Comm. ad Codic. in dict. L. 14. §. 3. in fin. C. de non num. pec.*

& sanè quando textus luculentâ veritate & rationis vehiculo constat, gloriam obsequii expostulat, de viis verò & confictis declarationibus dilacerari haud permittit, ne id, quod justis vigiliis & magnâ sollicitudine sancitum, inani arrogationis & ostentationis simulacro convellatur; Unde benè monuit

Hartmann. Pistor. *part. 1. lib. 2. quæst. 16. n. 22.*

interpretationem non in textum, sed ex textu efferri debet.

Et à novis sententiis ac opinionibus Doctorum sedulò cavendum esse cordatè hortatur

Stephanus de Phœdericis *tract. de Interpret. legum. part. ult. vers. quartò. sub fin.*

47. Uberdiß 7.) ohnlaugbar / quod scripturæ tametsi privatæ contra eum, qui talem enarravit, fides haberi soleat,

L. 26. §. ult. depos.

L. ult. C. arbitr. tut.

Baldus

Baldus *rubr. C. de fid. Instrum. n. 41.*
Portius Imol. *Cons. 170. n. 17.*

cumprimis quando totum Instrumentum manu debitoris scriptum apparet, tum enim ne quidem subscriptione ejus opus habet;

arg. *Nov. 136. cap. 6. fin.*
Menoch. *de arb. Jud. quæst. cent. 2. cas. 114. n. 5.*
Gratian. *decis. 137. n. 13.*

& quando præterea sigillum accessit, eò firmiorem arguit consensum,

L. 2. C. de reb. alien. non alien.

plenèque contra sigillantem probat;

Mascard. *concl. 1302.*

quâ de re tantò minus dubitandum, quò scripturam illam in judicio productam, & à Judice plenissimè examinatam, quin & eo ipso à Susannâ, quò nullo impugnandi prætextu munita, comprobatam esse vel ipsæ geminæ ostendunt sententiæ;

Bartol. *in auth. & in L. si contractus. n. 3. C. de fid. Instrum.*
Cravetta *Cons. 73. n. 15.*
Mevius *p. 4. decis. 391. n. 4.*

Hingegen 8.) so gestalten Dingen und Umbständen nach / die erste Ratio Dubitandi gar nicht applicabel, an einem Theil / quod lite etiamnum durante kein zulänglicher Beweißthumb ex adverso geführet / am andern Theil aber / die Sache durch zweymahlige zu ihrer völligen Rechts-Krafft erwachsene Bescheide abgethan / neben dem auch indoles & natura contractus chirographarii juramenti delationem bloßer Dings abschneidet / gestalten Rat. Decid. 5. gezeiget worden. 48.

Ingleichen 9.) der zweyte Einwurff alsdann nicht anschlägt / quando ex particularibus solutionibus debitorem totam summam in obligationem deductam accepisse, eo ipso evidens redditur, quo contrarium doceri non potuit

Masquard. *cit. loc. n. 30.*

Allermeist da des Juden Liquidation richtig befunden / und dessen Gegen-Forderung mit der Susannen Prætensionen zu compensiren pronunciirt worden / allermassen ex Rat. Decid. 1. sich ergiebet.

49. Folglich 10.) der dritte mit jenem unterbrochen wird / cùm Judæus nervo liquidationis juvetur, Susanna verò medio probationis destituatur. Mit der beygezogenen Reconvention auch ohne das nicht fortzukommen gewesen / cùm in conventione liquidâ nulla reconventionis illiquidæ admittatur dilatio, ceu Jenenses ita respondisse testatur

Richter. *Conf. 205. n. 5. vol. 2.*

50. Ferner 11.) die Unerheblichkeit des vierdten dahero sich zu Tage leget / daß zwar in andern Fällen / nicht aber dem jenigen / ubi exceptio non numeratæ pecuniæ opposita, ein Eyd übertragen werden kan / wie Rat. Decid. 5. klar im Munde führet.

51. So dann 12.) die Krafft dem fünfften und letzten dardurch entzogen wird / quòd exceptio commemorata in processu opposita examinata, ceu irrelevans rejecta, & compensatio mutuorum debitorum geminâ sententiæ pronunciatione admissa fuerit, & quidem juxta tenorem Rationis Decid. 2.

Als ist diesem allem nach an dem / deß klagender Jud die in Handen habende Obligation à 425. Reichs-Thaler zu beschwören / im geringsten nicht geheißen und angestrenget werden könne.

Weiter nun auch auf die dritte Frage zu kommen: ob die Susanna für ihres Eydams Schuld zu stehen / ex beneficio SCti Vellejani absolviret werden könne?

RATIONES DUBITANDI.

52. SO scheinen einige Momenta deroselben hierunter zu statten zu kommen / und gegen des Juden von ihr übernommene Anheischung Lufft zu machen. Anerwogen 1.) erwehntes Beneficium ohne dem geringsten Unterscheid der Personen / für welche die Intercession geschehen /

hen / verstattet wird / adeò ut quamvis mulier pro ascendentibus vel descendentibus intervenerit, tamen ei subveniatur, eò quod magis earum fragilitas, quàm nexus attinentiæ respiciatur;

L. 2. §. 1. ff. L. 3. L. 8. C. ad SCt. Vellej.

so daß ignorantia juris ihrerseits præsumiret wird;

Cephal. *Cons. 34. n. 39.*

Neben dem auch facti alieni ignorantia concurriret / indeme sie nicht wissen können / ob und wie viel Gelds ihr Eydam von dem Juden entlehnet? dannenhero da überall facti alieni ignorantia præsumiret zu werden pfleget /

L. 21. de probat.

Sfortias Oddus *tr. de Rest. in integr. quæst. 8. n. 55. & seqq.*

sothane Præsumption destomehr mulieri angedeyhen / ja beyde præsumptiones juris & facti ad condictionem indebiti,

L. 40. princ. de condict. indeb.

Oder da sie nichts gezahlt / wenigstens ad condictionem chirographi utpote sine causâ apud Judæum existentis ihr vorträglich seyn müssen /

L. 1. §. ult. L. 2. de condict. sine caus.

L. 2. C. de cond. ex lege & sin. caus.

Struv. *Exerc. 18. th. 46. in fin.*

Deme sonderlich 2.) beyschlägt / daß die Susanna die Zahlung des jenigen / was ihr Eydam dem Juden schuldig gewesen zu seyn sich befinden würde / versprochen / wie die klare Worte des den 26. Mart. 1696. publicirten Bescheids darlegen; Nun machen aber die Rechte einen bemerckſamen Unterscheid inter solutionem, quæ sine, & quæ præviâ obligatione fit, ut contra illam quidem mulier non juvetur; 53.

L. 1. L. 4. C. de SCt. Vellej.

utique verò contra hanc, ceu elucescit ex rescripto Imperatoris Gordiani in

L. 9. ibi : procedente obligatione. C. eod.

Und müste dahero sothanes ihr Versprechen wiederumb aufgehoben und vernichtet werden;

Mevius *part. 3. decis. 84. n. 1.*

54. Und da 3.) der Jud selbsten im Gericht gesehen und wahrgenommen / daß die Susanna sothane Intercession für ihren verstorbenen Eydam eingeleget / so muß er durch seine eigene Schuld nunmehro sothanen Beneficio gegen sich Platz verstatten / imputare enim sibi debet Creditor, qui sciens mulierem intercedere tàm labili securitati se commisit;

L. 12. ibi: cum scit Creditor eam intercedere.

L. 28. §. 1. ibi : si Numerius scisset, eam intercedere. dict. tit.

Harprecht. *Consil. Tubing. 11. n. 382.*

scienti enim & consentienti neque injuriam neque dolum fieri patet ex

L. 27. & L. 145. de R. J.

L. 11. C. de rescind. vendit.

RATIONES DECIDENDI

55. BEy mehrerer Erwegung aber der bey diesem Facto vorkommenden Umbständen wird sich ergeben / daß die Susanna mit ihrem Unternehmen gar nicht zu hören / sondern vielmehr ihr der Weg zu dem Vellejano allerdings verleget seye.

Dann 1.) zeiget sich offenbahr / daß dieselbe nicht nur extrajudicialiter in Beyseyn eines andern Juden Nahmens Veist / sondern auch nachgehends im Jahr 1693. laut Commission-Protocolls judicialiter die Zahlung ihres Eydams Schuld-Postens übernommen / forters als nach Ablauff dreyer Jahren / und zwar 1696. den 26. Mart. hierauf gesprochen worden / auf die Liquidation, welches sonderbahr merckwürdig ist / getrungen / und dergestalt facto evidentissimo berührte ihre mehrmahlige freywillige Ubernehmung / ohne welche

che sie zur Abrechnung ihrer Forderung gegen des Juden Prætension durch Bescheid ohnmüglich angewiesen werden können / nochmals reiteriret / approbiret und ratificiret: Quando autem elapso biennio & quod magis est, tempore ulteriori intercessio geminatur & ratificatur, tum non ex sexus fragilitate, verùm potius magnâ deliberatione facta censetur, ceu apparet ex rescripto

L. 22. de SCt. Vellej.

ita ut non alterius, sed propriâ suâ causâ intercessisse seque obligasse præsumatur, eaque præsumptio Juris & de jure reputetur, ceu notabiliter insinuat

Menoch. *de Præsumpt. lib. 3. præs. 21. n. 2.*

& post eum

Hering. *tract. de fidejuss. cap. 7. n. 448. in fin.*

propterea etiam nulla certioratio requiratur,

Trentacinquius *lib. 3. de fidejuss. resol. 3. n. 2.*

eò quòd hic non agatur de renunciatione juris, sed confirmatione prioris obligationis, per tradita

Baldi & Saliceti *in dict. L. 22.*

Et talis reiteratio tantæ validitatis est, ut si etiam pro marito facta fuerit, tamen mulierem à tali beneficio excludat, cum aliâs in propatulo sit, eam ne quidem cum renunciatione sui juris pro marito intendere posse;

auth. *si qua mulier. C. eod.* ubi Interpp.

Rationem assignant Interpp. quia factâ ratificatione cesset ratio & causa impulsiva, cujus intuitu aliâs pro marito fidejubere nequit, uti eleganter docet

Cothmann. *Respons. 48. n. 9. Vol. 5.*

idque convenienter illi, quod aperto jure proditum est, geminationem plenæ deliberationis, confirmationis & perseverantiæ vim habere, neque concedi, ut quicquam contra eam opponatur;

Cardin. Tusch. *lit. G. concl. 28. n. 1. & seqq.*

Mehrers

56. Mehrers 2.) anerwogen / daß biennalis ratificatio nicht eben præcisè mit Worten geschehen müsse / sondern auch wohl re ipsa & facto zu Werck gerichtet werden könne / cùm facto non minus quàm verbis consensus declaretur,

L. 5. rem rat. hab.

Parisius *Cons. 33. n. 30. vol. 1.*

Imò facta verbis habeantur fortiora in illis, quæ ad animi nostri declarationem tendunt;

L. 48. §. 3. de ædil. edict.

Cothmann. *Respons. 31. n. 12. vol. 5.*

57. Welches allhier nothwendig Platz ergreiffen muß / da dieses factum petitæ liquidationis so gethan / daß solches citra promissionem solutionis durchaus nicht geschehen können / wie dextrè in casu quidem alio, attamen terminis convenientibus schliesset

Harprecht. *Cons. 83. n. 250.*

consequens enim, qui vult necessariò etiam antecedens velle censetur;

L. 56. l. 62. de Procur.

Curtius Junior *Cons. 122. n. 11.*

Mevius *part. 2. decis. 240. n. 4.*

Und hindert nicht / quòd brocardicum hoc officium perdat, quando antecedens requirit specificam expressionem

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 3. cap. 15. axiom. 3. vers. declara.*

Massen solches dahin zu verstehen / quando antecedens antea prorsus expressum haud fuit, sed ex solo consequenti elicitur, seu huic virtualiter inesse creditur; Sic enim sequitur, Titius minor immiscuit se hereditati paternæ, & obtentâ deinceps majorennitate debita paterna exegit, ergo etiam heres patris factus est; Nisi enim heredem se expresè declaret, nullatenus successor habetur, quia etiam aliâ puta administrandi & cumprimis præscriptionem impediendi intentione debita exigere potuit;

L. 3.

L. 3. §. 1. de minor.

Aliter sese res habet, quando actus quidam præcessit & tempore à lege præfixo præterlapso alius quidam intercessit, ex quo illius repetitio necessariò derivetur & colligatur, neque alia mens quàm hunc ipsum geminandi & ratificandi apparere possit, ut fit in præsenti specie, quâ impossibile fuit, liquidationem à Susannâ alio scopo aliâve intentione peti potuisse, quàm ut factâ liquidatione solveret, vel compensationem admitteret, ratio solida est, quia liquidationis finis est solvere vel compensare,

L. ult. C. de compens. §. 30. Inst. de action.

adeò ut eâ factâ nil nisi executio supersit;

L. 1. l. ult. C. de exec. rei judic.

Richter. *Cons. 37. n. 11. & 12.*

Firma proinde hîc manet theorica, ex consequenti necessarium etiam colligi antecedens, quò & alia spectat: expressum dici, quod ab expresso necessariò sequitur,

Cravetta *Cons. 971. n. 3.*

ubi dictam theoricam in strictissimâ etiam materia procedere, nec non in sententiâ, confessione, aliisve argumentis, usum habere, tradit

Cons. 443. n. 10.

Ob man auch gleich 3.) dafür halten wollte / es seye die Susanna 58. mittelst Richterlichen Ausspruchs mit dem Juden zu compensiren angewiesen worden / Sententia autem feratur in invitum,

L. 85. §. 1. de V. O.

So ist es doch an dem / daß solches in Absicht der ihrer Seits versprochener Zahlung / auch der von dem Juden nachgehends erforderten Liquidation geschehen / und heist es dannenhero allhier recht / *ipsa te huic necessitati subjecisti*, ceu verbis parumper mutatis scribit JCtus in

L. 34. de Jur. fisci.

59. Uber das ist 4.) in besondere Obacht zu nehmen / daß obgleich sonsten mulieri contra promissam solutionem beneficium Vellejani zu gut komme /

L. 9. C. de SCt. Vellej.

dannoch es allhier eine andere Beschaffenheit habe / indem die Susanna wohl gewust / daß der Jud ihr wiederum mit Schulden verhafftet gewesen / und sie gleichwohl geminatâ intercessione firmiret / und zu bezahlen versprochen / mithin denen Rechten nach ihre Prætension mit des Juden Gegen-Forderung / ihres Einwendens ohnerachtet / als seye diese illiquid, ipso jure aufgehoben und abgeleget worden / zumal da præviâ causæ cognitione die Jüdische Anheischung richtig und liquid erkannt und befunden / auch darauf beyde gegeneinander zu vergleichen der Spruch ergangen / tantum enim abest, ut per contradictionem debitoris mutuum debitum negantis compensatio impediatur;

L. 8. de compens.

quin potius sufficit, Instrumentum obligationis à Judæo judicialiter productum & tandem pro sufficienti atque liquido agnitum fuisse;

L. ult. C. eod.

adeò ut liquidum debitum ulterius disputantem non immeritò mulctâ excipere debeat, ceu id pluribus monstrat, & multa ex pertinaci illâ negatione suborientia mala enumerat;

Mevius *part. 2. decis. 209.*

Compensatio autem, cùm liberet à debito ipso jure,

L. 4. ff. & l. 4. C. eod.

effectum illicò sortitur ex momento oppositi debiti mutui, non verò demum ex die latæ sententiæ, cùm sententia sit solummodò declaratio ejus, qui mutuum debitum objiciendo compensare intendit, eaque ad tempus litis contestatæ retrotrahatur;

Mevius *part. 4. decis. 141. & part. 7. decis. 243.*

Gleich-

Gleichwie nun klar versehenen Rechtens / quòd mulier realiter solvendo non intercedat, & solutum condicere nequeat; 60.

L. 1. l. 4. C. de SCt. Vellej.
L. 4. §. 2. l. 5. ff. eod.

Ita etiam ipso jure compensatum retractare nequit, ceu doctè & pertinenter à solutione ad compensationem argumentum ducit

Mevius *part. 7. decis. 127. n. 3.*

cùm id, quod in compensationem venit, pro soluto & sublato reputetur;

L. 10. §. 1. de compens.
L. 30. de cond. indeb.

Idque convenientissimum est verbis Pomponii, dum nihil interesse, solverit quis, an compensaverit, respondit in

L. 4. qui potior. in pign.

Da nun 5.) facto Legis, facto Judicis, ac facto Susannæ proprio, eoque geminato, beyderseitige Schuld-Forderungen abgethan/ so würde sie gewißlich sich mit einem höchst-unbilligen auch straffbaren Beginnen befangen / wann sie nun allererst des SCti Vellejani sich gebrauchen wollte / ast verò longissimè abest, talem pruritum admitti, cùm semel extinctum contra leges reviviscere nequeat, 61.

L. 3. §. 9. de bon. lib.
L. 6. §. 3. de rer. div.

& nemini factum proprium impugnare permittatur,

L. 5. C. de O. & A.
Menoch. *Cons. 89. n. 47.*

nullâ enim ratione meretur legis auxilium, qui facto proprio se in necessitatem Legis conjecit;

L. 7. §. 1. qui satisd. cog.

Uberdas leydet auch solches nicht authoritas judiciaria, utpote quæ tantum

tantum operatur, quantum juramentum, imò etiam plus, ceu observat

Everhard. *Consil. 97. num. 16.*

Et sententia vinculum juramenti vi atque virtute superat, cùm inter partes jus faciat;

L. 25. de stat. hom.

cap. 19. X. de re jud.

Unde gravissima fieret Judici injuria, si per eum rectè disposita in dubium revocarentur;

L. 3. C. de Summ. Trinit.

Everhard. *dict. loc. n. 18. in fin.*

& semel sopita novæ ac temerariæ liti subjicerentur, sicque lis ex lite contra legum intentionem produceretur;

L. 11. in fin. C. de reb. cred.

62. Es ist auch 6.) der Natur und Eigenschafft des SCti Vellejani selbsten dergleichen Unternehmen zuwider / non enim locum invenit, si mulier decipiendi animo, vel cùm sciret, se non teneri, pro aliquo intercessit;

L. 6. & seqq. ad SCt. Vellej.

Hering. *tr. de fidej. cap. 7. n. 423.*

Nun will man nicht anführen / daß sie leichtlich Peritiores consuliren/ und besonders von ihrem Advocato genugsame Wissenschafft erlangen können / seye auch nicht vermuthlich / daß sie ohne dessen Vorbewust und Unterricht mehrerwehnte Versprechung der Zahlung resolviret habe / haud autem prætendere posse mulierem ignorantiam juris, quando peritiores consulere potuerit, etiamsi de damno evitando certet, wie solche Meynung viele sustiniren / deren gedencket

Vultej. *Cons. Marp. 29. n. 234. vol. 3.*

Andere aber solches allein auf gewisse Maaß verstehen und nachgeben; Gestalten zu sehen beym

Brunnemanno *ad L. ult. C. de J. & F. ignor.*

Sondern

Sondern man will nur das jenige / was in judicio vorgangen / wiederholen / daß sie nemlich bey der Commission die Zahlung versprochen / auf die Liquidation getrieben / dadurch die Zusage geminiret / des Juden Schuld-Forderung als liquid sich befunden / und darauf der Spruch dahin ausgefallen / daß Beyderseitige Prætensionen gegeneinander verglichen und compensiret seyn sollen. Nun ist ja nimmermehr muthmaßlich und zu glauben / daß sie bey einer so verfänglichen Zusage nicht sollte coram Commissione des jenigen / was dargegen dem Weiblichen Geschlecht zu gut in Rechten geordnet / vorhero errinnert und verständiget worden seyn / ja es ist noch viel weniger zu præsumiren / daß ohne genugsame Belehrung gegen sie ein solcher Bescheid / wodurch sie einer præjudicirlichen Compensation unterworffen worden / ergangen seyn sollte; cum pro judice semper stet præsumptio, quod nullum actum frustratorium in judicio admissurus, multò minus injustam sententiam pronunciaturus sit;

L. 1. C. de præd. & al. reb. minor.
L. unic. C. de offic. præf. prætor.

præprimis quando causam exactè cognovit, & jura utriusque partis indagavit;

L. 9. C. de judic.
L. 3. C. de fruct. & lit. expens.

Gleichwie nun hierdurch mehr Præsumptio Scientiæ als Ignorantiæ gegen sie entspringet / intrat enim præsumptio Scientiæ, quando præsumptio ignorantiæ facilè eliditur; 63.

Richter. *decis. 76. n. 151.*

& ignorantia haud præsumitur, quando aliquid probatur, ex quo scientia colligitur;

Vultej. *Cons. Marp. 19. n. 475. vol. 3.*

Also wird auch dieselbe sonderbahr vermehret und bekräfftiget / daß sie bey dem gegen sie ausgefallenen Spruch allerdings acquiesciret / und

 derge-

dergestalt selbigen approbiret und genehm gehalten / factâ autem approbatione non patet amplius via impugnationi;

L. 9. de negot. gest.

Anjetzo nicht zu gedencken / quod ne quidem in præsenti casu ob geminationem intervenientem certioratione opus fuerit, per ea, quæ deducta sunt in Rat. Decid. primâ.

64. Zu diesem allem kombt noch 7.) und zum Beschluß / daß da mit ihrem Eydam wegen seines darzwischen gekommenen Toden-Falls des Juden Gegen-Forderung nicht ausgemacht werden können / sie dannoch dafür zu stehen versprochen / auf die Liquidation getrungen / dieselbe erhalten / und der Sache gäntzliche Erörterung erwartet / worab nicht unklar erhellet / sie habe dardurch ihres Eydams Glimpf / Ehr und Glauben auch im Tod retten / und an dessen Stelle tretten wollen; quando autem mulier solutionem debiti alieni ex pietate, & pro liberandâ defuncti fide promittit, tum securitas illa non est nulla, Rigorque Vellejani meritò quiescit;

L. ult. C. de SCt. Vellej.

In cujus rei firmamentum facit, quod etiam promissio post obitum mariti simili intentione facta valeat, ceu consulendo & decidendo probarunt

Cothmann. *Respons. 48. n. 7. vol. 5.*
Mevius *part. 7. decis. 229. n. 2. seqq.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

65. Diese so nachtrückliche Vorstellungen geben von selbsten in die Hand die jenige Beantwortungen / wordurch die vorgesetzte Fundamenta hintertrieben werden können. Massen ob gleich mehrerwehntes Vellejanum bey dem ersten Personas, pro quibus intercessio fit, nicht distinguiret / so ist doch genung / daß dieselbe dem jenigen / apud quem

quem sit intercessio, wiederumb mit Schulden verhafftet / Persona intercedens auch ihre Intercession post biennium reiteriret / und über das von solchem Beneficio genugsame Wissenschafft erlangt zu haben überführet wird / wie in Rat. Decid. 1. 4. & 6. gezeiget worden.

Und weil das jenige / was de Obligatione ante solutionem initâ durch den Umbstand mutui contracti debiti, & inde exsurgentis compensationis, geminatæque intercessionis eine andere Gestalt gewinnet / wie ex Rat. Dec. 4. zu bemercken / so fället auch das zweyte Argument.

Bey welcher Bewandtnus dann auch das dritte nichts verfangen kan / allermeist da die Susanna alles freywillig / und zwar judicialiter zu Werck gerichtet / anbey auch von allem völlige Nachricht und Information erlanget. 66.

Dahero ob gleich sonsten exceptio Vellejani etiam post sententiam ad impediendam executionem opponiret werden kan;

Struv. *Exerc. 46. th. 9.*

Dannoch der Susannen dieselbe gar nicht angedeyhen mag / neque enim cursum executionis sistere potest intercessio, quâ debitum generi sui tanquam proprium geminando fecit, & ut hoc cum ipsius debito compensaretur, ansam dedit,

L. 22. C. ad SCt. Vellej.

L. 4. C. de compens.

Die noch übrige Frage betreffend: Ob die Susanna Falls sie wegen der zwey ersten Posten sich zu einem Eyd anerbietig machen wollte von Rechts wegen damit zu hören oder zu beladen seye? 67.

So dienet hierauf zu wissen / daß sie so wenig mit Anerbietung eines Eyds zu hören / als wenig ihr dasselbe von Rechts wegen verstattet werden könne.

RATIO.

RATIONES DUBITANDI.

DAnn ob wohl 1.) Rechtens / quod justè juretur super eo cujus quis notitiam & conscientiam habet, sive factum proprium sit, sive alienum;

Mevius *p. 1. decis 161. n. 2.*

Diesem nach die Susanna vermeynen mögte / ihr erlaubet zu seyn / zu schwören / es habe der Jud die bey dem ersten Posten mitangezogene Handschrifft über 500. Reichs-Thaler geändert / und eine andere substituiret.

68. Auch 2.) in Rechten zuläßig contrariis uti probationibus, eò quòd probatio probationem non excludat, fortior etiam debiliorem vincat,

Mascard. *de probat. concl. 225. n. 15.*

In deren Ermangelung aber ein Jurament, als ein Stück des Beweißthumbs / wohl zugelassen werden könne;

L. 3. princ. C. de reb. cred.

69. Nicht weniger 3.) die Susanna von dem jenigen / wessen sich ihr Eydam bey Leb-Zeiten wegen der dem Klägern bey dem zweyten Posten ausgestellten Obligation vernehmen lassen / genaue Wissenschafft habe / rectè autem super confirmandâ veritate ejus, quod quis audivit, juramentum suscipiatur, & deferatur;

Mevius *d. loc. n. 4.*

70. Ingleichen 4.) dieser Obligation entgegen stehe / quod nulla ejus recognitio, sive ab ipso Genero ante mortem, sive à Susannâ facta fuerit, & propterea eò minus volere possit, cùm Scriptura privata contra Scribentem haud mereatur fidem, nisi in vim confessionis prius recognitio accesserit;

L. 19. C. de fid. instrum.
L. 25. §. ult. de probat.

adeò

adeò ut hæc in processu summariissimo quoque requiratur;
Finckelthaus. *Obs. 117. n. 8.*
Brunnemann. *ad L. 15. de reb. auth. jud possid.*
& non minus in propriis, quàm alienis Instrumentis fieri possit;
Berlich. *part. 1. concl. 44. n. 32. & 33.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

Wann aber mit dieser Sachen es gantz eine andere Beschaffenheit hat / indeme 1.) der Jud mit einem vollkommenen Beweißthumb wegen des ersten Postens versehen / und dadurch dieselbe ihre abhelfliche Maas erlanget / probatio siquidem cum fiat Judici, 71.
L. 19. C. de Testib.
isque secundum acta & probata judicare debeat;
L. 6. §. 1. de offic Præsid.
adeò ut non petiti, sed ejus, quod ex actis apparet, rationem habere teneatur;
Matthæ. de Afflict. *decis. 16. n. 4.*
partes ejus deprehensâ probatione in cognoscendo, pronunciando & exequendo sunt positæ;
L. 1. l. 56. de re judic.
L. 1. C. de exec. rei judic.
nullâ siquidem appellatione interpositâ, judicium dicitur finitum;
Mevius *part. 1. decis. 101. n. 2.*

Auch 2.) ein Stück dessen Beweißthums in denen sehr vielen und 72.
schwehren Muthmassungen / wormit die Susanna beladen / bestehet / juramento autem non committenda, quæ tantum perjurii metum de se facit;
Mevius *part. 5. decis. 47. n. 4.*

73. Hingegen aber 3.) dieselbe gegen den Juden nicht das geringste erwiesen / und dahero kein Grund vorhanden / in dessen Absicht sie zu einem Eyd zugelassen werden wollte oder sollte / justis enim & valdè probabilibus argumentis deficientibus locum haudquaquam invenit.

cap. ult. X. de Jurej.

Fulvius Pacianus *tr. de probat. part. 1. cap. 1. n. 17.*

74. Nicht weniger auch 4.) bekandt / daß eine sehr verdächtige Sache seye / sich selbsten zu einen Eyd anerbietig zu machen; adeò ut nemo audiatur, qui spontè se ad jurandum offert;

L. 3. princ. eod.

75. Wordurch dann der erste Zweiffel überflüßig gehoben wird. Den andern 5.) aber entgegen stehet / quod probationes & nonnunquam juramenta in casu duntaxat dubio, haud verò actoris intentione probatâ, & sententiâ latâ admittantur,

Brunnemann. *Cons. 23. n. 11.*

76. Ferner auf den dritten bey dem zweyten Posten zu antworten / prætensa 6.) scientia non sufficit, neque desuper juramento locus datur; quando chirographum à debitore scriptum vel subscriptum reperitur, nullisque apertissimis probationibus contrarium evinci potuit, ut demonstratum quæst. 2. Rat. Decid. 5.

77. Das jenige 7.) aber / was de recognitione bey dem vierdten Zweifel-Grund obmoviret worden / von deßwegen keine Hinderung thut / quia quando Instrumentum in Judicio ritè fuit productum, tùm ad Actoris instantiam habetur pro recognito, ac æquè fit executio, ac si recognitum fuisset, ceu solidè cum citatis tradit

Richter *Cons. 42. n. 380. part. 4. vol. 1.*

So bleibet es bey der vorhin erstatteten Decision, daß es bey der Susannen Person mit Anerbietung eines Eydes oder auch dessen Ubertragung nach Gelegenheit dieses Falls eine vergebliche Sache seye.

CONSI-

CONSILIUM ſeu RESPONSUM XXVI.

An Debitor principalis, qui ſolvendo eſt, prius conveniendus & executiendus, licet Fidejuſſor omnibus beneficiis juris renunciaverit?

Ob der Haupt-Schuldner/wann ſolcher zu bezahlen hat/ erſtlich zu belangen/obſchon der Bürg aller Rechtl. Wohlthaten ſich begeben?

SUMMARIA.

1. *Fidejuſſor licet beneficiis juris renunciaverit, rectè tamen petit, ut debitor ipſius ſumptu & periculo excutiatur.*
2. *Idque æquitati cur conveniens ſit?*
3. *Nec Fidejuſſor locum principalis debitotis ſubintret, & quando expromiſſor quoq; beneficio excuſſionis fruatur?*
4. *Satius eſt, fidejuſſorem etiam renunciantem debitore ſolvendo exiſtente ſervari indemnem, quàm poſt ſolutionem factam remedium ſæpius inane eidem relinqui.*
5. *Creditori debitorem principalem ſolvendo eſſe neganti probatio incumbit; mediante excuſſione facilè conſtare poteſt, quantæ vires ſint patrimonii debitoris.*

Quæſtio.

Wann der Creditor bey dem Haupt-Schuldner eâdem facilitate ja beſſer als beym Bürgen zu den Seinigen gelangen kan / ob ſelbiger alsdann nicht gehalten / den Bürgen / wann derſelbe gleich allen Beneficien renunciiret / zu übergehen / und das Seinige beym Haupt-Schuldner zu ſuchen habe?

RESPONSUM.

1. PRo adornanda quæstionis propositæ resolutione advertendum, quòd creditor adversus fidejussorem ob factam semel renunciationem beneficiorum in jure concessorum intentionem quidem habeat fundatam, hic tamen nihilominus rectè & justè petere possit, ut debitor ipsius sumptu & periculo conveniatur & excutiatur, ut pertinenter & in terminis suggerit

Hering. *tract. de Fidejuss. c. 30. n. 61.*

2. Idque non sine ratione, siquidem 1.) debitor ex contractu cum creditore inito principaliter obligatus est, & solus inde utilitatem percipit, eâque de causâ æquitati est conveniens, ut prius ad illum, si solvendo existat, deveniatur, quàm ad hunc, qui minus principaliter tantùm tenetur,

Novell. 4. cap. 1.
L. ult. C. de divid. tut.
L. 2. §. si quis omiss. caus. testam.

3. Deinde 2.) licet fidejussor beneficiis juris renunciaverit, propterea tamen locum principalis debitoris non subintrat, in tantum, ut expromissor quoque accessoriè obligatus maneat, & beneficio excussionis fruatur, quando animus novandi expresè haud fuit declaratus;

L. ult. C. de novat.
Carpzov. *J. For. p. 2. Const. 19. def. 14. & 16. & Respons. 105. lib. 5.*

4. Facit 3.) quod satius sit fidejussorem etiam renunciantem, debitore solvendo existente, servari indemnem, quàm post solutionem semel factam remedium sæpius inane eidem relinqui,

L. ult. C. in quib. caus. in integr. restit. non est necess.

Et

Et cùm denique 4.) creditori debitorem principalem solvendo 4.
esse neganti, incumbat probatio,

Berlich. *p. 2. concl. 24. n. 142.*

tantò magis fidejussor, etiam factâ renunciatione, audiendus, cùm mediante excussione facili negotio constare possit, quæ & quantæ sint vires patrimonii debitoris.

CONSILIUM seu RESPONSUM *XXVII.*

An Vasallo etiam sine Domini consensu dotalitium Viduæ in Feudo constituere sit permissum?

An Victor super expensis Sententiâ obtentis & præviâ Judicis moderatione determinatis juramentum præcisè præstare teneatur?

Quid circa extrajudiciales judicandum?

Ob einem Vasallen erlaubet ohne Lehen-Herrliche Bewilligung einen Wittumb auf dem Lehen zu vermachen?

Ob die zuerkannte und von dem Richter moderirte Unkosten nothwendig vermittelst eines Eyds zu erhärten?

Was mit denen Extrajudicial-Unkosten es vor eine Beschoffenheit habe?

SUMMARIA.

1. *Ex universali Germaniæ consuetudine dotalitium constituit onus feudi non Vasalli, ejusque constitutio non est propriè alienatio, ac nullum inde domino generatur præjudicium.*
2. *Estq; instar usufructus, talis autem à Vasallo cur formaliter post mortem in feudo constitui nequeat?*
3. *Quæ in jure feudali circa consensum Domini & Agnato-*

 rum

rum requirendum traduntur, per consuetudines locorum quoad dotalitia constituenda sunt abrogata vel limitata.

4. *De Jure Saxonico super expensis sive Judicialibus sive extrajudicialibus Juramentum haud præstandum, ubi ratio additur.*

5. *De Jure communi verò saltem in judicialibus locum habet.*

6. *Quid circa extrajudiciales judicandum? Conditionis personarum circa expensas habenda ratio.*

7. *Quæ ad substantiam actus haud spectant, Judicis arbitrio relinquuntur. Nemo superflue juramendo onerandus.*

Quæstio prima.

An Vasallo etiam sine Domini consensu dotalitium Viduæ in feudo constituere sit permissum?

Quæstio secunda.

An Victor super expensis sententia obtentis & prævia Judicis moderatione determinatis juramentum præcisè præstare teneatur.

Quæstio tertia.

Quid circa extrajudiciales judicandum?

RESPONSUM.

So viel die erste Frage anlangt / so zielet Struv. *Synt. Feudal.*
1. *cap. 14. §. 5.* cum adductis in §. 9. Saxonicis dahin / es seye Dominus Feudi in dem Fall / da mortuo sine liberis Vasallo ihme das Feudum aperiret wird / gehalten / dessen hinterbliebenen Wittib in dem Lehen dotalitii nomine Lebenslang zu lassen: Andere aber reden generaliter und ohne Meldung dieses Umbstands; und

und führen merckwürdig zweyerley Motiven an / an einem Theil / quod ex universali Germaniæ consuetudine dotalitium constituat onus feudi, non Vasalli,

Klock. *Cons. 155. n. 187.*

am andern Theil aber / quod ejus constitutio non sit propriè alienatio, nullumque inde domino generetur præjudicium, præsertim cum defunctâ uxore id ipsum expiret, ceu notabiliter ingeminat

Schurff. *Cons. 51. n. 2. centur. 3.*

ubi hanc communem Dd. opinionem esse addit.

Nun ist es zwar an deme / quòd dotalitium sit instar ususfructus, talis autem à Vasallo formaliter post mortem in feudo constitui nequeat, quoniam morte ipsius expirat, 2.

§. 3. inst. de Usufr.

Struv. *d. Synt. cap. 12. aph. 7. n. 2. & aph. 9. n. 5.*

Alldieweil es aber mit dem Dotalitio, als einer Nothdürfftigen und Stands-mäßigen Verleib-Dingung / eine andere und diese Beschaffenheit hat / daß selbige nicht so sehr nach denen gemeinen Rechten / als vielmehr dem durchgehends eingeführten Herkommen nach / abgemessen zu werden pfleget / so haben die Interpp. vorstehende Meynung aller Orten approbiret / und per modum brocardici diesen Schluß gemacht / quod ea, quæ in Jure Feudali circa consensum domini & agnatorum requirendum traduntur, per consuetudines locorum quæ instar juris communis sunt, quoad dotalitia constituenda abrogata vel limitata sint, wie austrücklich bewähret 3.

Wesenb. *Consil. 77. n. 4. part. 2.*

Und dieser Meynung gleichfalls beyschlägt

Brunnemann. *Consil. 65. n. 16.*

Es dienet aber dieses allein zur Nachricht / und denen jenigen / so ein anders sustiniren wollen / zu remonstriren / im übrigen aber wird doch

doch mehr eine abgebettene / als gleichsam abgenöthigte Einrichtung / dem Verlangen einen nachtrücklichen Effect zu wegen bringen können.

4. Bey der andern Frage ist Anfangs zu bemercken / daß Jure Saxonico gar wohl wohl und vorsichtig disponiret worden seye / es sollten dergleichen Expensen mit keinem Eyd taxiret werden / sie seyen gleich judiciales oder extrajudiciales, partim quòd facilè memoriâ excidere possint, partim etiam, quòd grave foret eos ad ad juramentum arctare velle, qui metu Divini numinis admodum sunt timidi, wie solches wohl anführet

Carpzov. *Jurispr. forens. part. 1. const. 31. def. 3.*

Welche als die bewährteste Meynung in Absicht berührter Gründen so wohl wann Kinder als wann keine vorhanden / statt findet / bevorab da juxta consuetudinem auch ohne der Kinder und Erben Einwilligung dergleichen Dotalitia verordnet werden können / wie bezeuget

Henel ab Hennenfeld *tr. de jur. dotal. cap. 6. §. 5.*

5. Ob nun wohl Jure communi ein anders eingeführet / so limitiren doch solches die Dd. in judicialibus, veluti quæ pro actis, decretis, mandatis, sententiis, judicii sportulis, Advocatorum, Procuratorum, Notariorum, Scribarum & similium solariis & honorariis, quia tales ex Ordinationibus judiciorum per se sint satis certæ, ceu demonstrant

Mevius *part. 5. decis. 265. n. 4.*
Greveus ad Gail. *1. concl. 151. n. 6.*

6. Bleibt also die dritte Frage übrig / quid circa extrajudiciales judicandum? Nun ist bekannt / quod maximè conditionis personarum circa expensas habenda sit ratio,

Faber. *in Cod. lib. 7. tit. 18. def. 45.*
Brunnemann. *processs. Civil. cap. 27. n. ult.*

7. Wann dann extrajudiciales mehrentheils auf das jenige / was auf Reisen / Wirthschafften / Diener / Pferde / und dergleichen verwendet

wendet wird / das Absehen führen / dem Herkommen nach aber / was einem Edelmann / besonders so einen ansehnlichen Characterem führet / dißfalls passiret werde / nicht so gar unbekandt / und deßwegen wo nicht omnimoda, dannoch valde probabilis certitudo heraus gebracht werden kan / so daß etwa nur ein geringer Zweiffel / oder auch modica expensa übrig bleiben dörffte / so hielte ohnmaßgeblich dafür / es könnte der Herr Consulent auf genugsame gethane Vorstellung wohl mit einem Eyd verschonet / und das Werck auf dessen Adeliche Parol, und an Eydes statt gethane Zusage und Bestärckung ausgestellet werden / in mehrerer Erwegung / quod ea quæ ad substantiam actus nequaquam spectant, ut est præsens juramentum, judicis directioni & arbitrio supposita sint,

arg. *L. 1. de jur. delib.*

& nemo superfluo juramento, cumprimis cum tormentum conscientiæ sit, onerari debeat,

Mev. *loc. antea citat. n. 4.*

CONSILIUM seu RESPONSUM *XXVIII.*

An Bona in dubio pro Feudalibus vel Emphyteuticis sint habenda, hæcque validè alienari queant?	Ob Gütter / wann hierüber Zweiffel vorfällt / vor Lehen- oder Erb-Zinß-Gütter zu halten / und diese letztere mit Bestand veräußert werden können?

SUMMARIA.

1. *Vassallagium per formulam:* treu und hold zu seyn; *denotatur, & exinde qualitas Vassallatica demonstratur, adeò ut fidelitatis præstatio licet expressè non addita tacitè insit.*
2. *Vocabulum:* ein Lehen-Mann; *Vasallum lege feudali obstrictum importat. Quisnam nomine* eines Lehen-Trägers *intelligatur.*
3. *Vasallo quidem juramentum solenne præstare incumbit, in Domini tamen potestate est illud remittere, & promissionem æquipollentem:* an Eydes statt: *quæ loco juramenti habetur, admittere. Fidei interpositio eundem quem juramentum corporale effectum habet.* limitatur n. 10.
4. *Investitura qualitatem feudalem optimè probat, & in illâ comprehensa pro feudalibus reputantur quod ampliatur.*
5. *Ad feudi constitutionem & essentiam singulari quodam & solenni contractu opus est, adeò ut solennitatibus hisce omissis Investitura nullius momenti reputetur.*
6. *Licet quædam conjecturæ ad naturam feudi accedentes concurrant, hoc tamen haud præsumitur, quando fortiores aliam præsumptionem ingeminant.*
7. *Terminus:* Verlehnen oder Verleyhen: *non feudum sed vel locationem*

cationem simplicem vel emphyteusin importat. In Feudo à Masculo acquisito non fœminæ sed masculi succedunt, nec feuda ad aliquod tempus sed plerumque in perpetuum dari censentur.

8. *Haud sufficit, ut formula:* treu und hold zu seyn / *exprimatur, sed formula juramenti in Vassallagio præstandi etiam ad alia verba, & in specie* gewärtig zu seyn / *refertur.*

9. *Vasallus nonnisi abusivè pro subdito accipitur, & concessio vel contractus non præcisè ex nomine sed substantiâ judicari debet.*

10. *Juramentum ceu assessorium & quidem naturale absque substantiâ subsistere nequit.*

11. *Argumentum quod sumitur ex Investitura ad demonstrandam feudi qualitatem non est necessarium, quando ex verbis claris feudi interpretatio excluditur. De bonis etiam Emphyteuticis accensiticis possessores investiuntur.*

12. *Non Feudi sed Emphyteuseos indoli convenit, ut Canon modicus in recognitionem Dominii præstetur & pœna caducitatis in casum contraventionis reservetur.*

13. *An Bona Emphyteutica in præjudicium successorum alienari possint, disquiritur?*

14. *Inconsulto etiam Domino prædium Emphyteuticum in Testamento relinqui aut legari potest.*

15. *Non videtur aliquid novi præsumpsisse & voluntati Domini contravenisse, qui rem in gratiam coinvestiti dimittit.*

16. *Ubi actus alienationis præcessit, novusque Emphyteuta à Domino admissus, jus quæsitum illi nullâ ratione subverti potest.*

17. *Pacta dotalia per modum ultimæ voluntatis condita per contrariam dispositionem tolluntur.*

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldten einige zwischen Johann C. zu W. und Henrich K. daselbsten beym Chur-Fürstl. Hoch-Löbl. Ober-Ambt zu A. gewechselte Schrifften nebst einigen in copiâ vi-

dimatâ beygefügten und übergebenen Leyh-Brieffen und Ehe-Pacten communiciret / und ich mein Rechtliches Bedencken darüber zu eröffnen gebetten worden / so habe selbige mit sorgsamer Angelegenheit und behörigem Fleiß verlesen / und daß zwey Fragen daraus entspringen / und sonderlich wohl und genau erörtert werden müssen / mit mehrerem darob ersehen:

Quæstiones.

Erstlich / wie und auf was Weise die in vorerwehnten Leyh-Brieffen benahmte Gütter denen Lehen-Leuten zu gebrauchen und zu genüssen verstattet worden?

Zum andern / ob dieselbe von Klägern Henrich K. und Consorten als Successoribus ab intestato ab- und auf den bemeldten Johann Caspar zu W. gebracht / und dieser solche unwidersprechlich zu behalten berechtiget seyn könne?

1. Ob dann wohl / so viel die erste Frage betrifft / diese Gütter mehr feudalia, als emphyteutica zu achten / und sothane Feudal-Qualität aus beyden Leyh-Brieffen sich offenbar zu ergeben scheinet; Indeme 1.) mit klaren und deutlichen Worten darinnen enthalten / daß der Lehen-Mann Ihro Chur-Fürstl. Gnaden zu M. getreu und hold zu seyn / und wie einem getreuen Lehen-Mann sich zu verhalten mit Hand gegebener Treu und an Eydes statt zugesagt und angelobet habe / certum autem sit, vasallagium per formulam Treu und Hold zu seyn / apertè denotari, & exinde qualitatem vasallaticam luculenter demonstrari, ut probant

Ritter. *tr. de Homagio. cap. 1. n. 31.*
Rosenthal. *de Feudis cap. 6. conclus. 85. n. 7.*
Scoppius *tr. de Allodiis cap. 4. pag. 61.*

cùm hæc ipsa feudi essentiam, utpote in fidelitate positam, designet,

2. Feud. 5. 6. & 7.
Ludwell. *de feud. cap. 14. princ.*

&

& differentia specifica inde promanans feudum ab omnibus cæteris juribus atque negotiis secernat,

Struv. *Syntagm. feudal. cap. 2. aph. 10.*

Ludwell. *d. tr. cap. 2.*

adeò ut fidelitatis præstatio tacitè insit, licet expresſè addita non sit,

Rosenthal. *d. tr. c. 2. concl. 55. n. 1.*

& salvo feudo remitti non possit,

Rosenthal. *cap. 2. concl. 66. n. 2.*

Proindeque maximè ad hæc verba tanquam signa rei demonstrativa advertendum videbatur, cùm à forma verborum nequaquam recedi,

cap. ad audientiam. 12. X. de decim.

cap. porrò. 6. X. de Priv.

nec pondus, quod illis inest, detrahi & auferri possit;

Decius *cons. 552. n. 1.*

Wesenb. *2. Cons. 76. n. 1.*

verba enim sine virtute operandi esse non debent,

Vultej. *Cons. Marp. 21. n. 55. vol. 3.*

& quando natura verbi de necessitate aliquid importat, illud tanquam expressum tenendum & observandum,

Richter. *Consil. 80. n. 5. vol. 2.*

Auch 2.) die dahero entspringende und gleichfalls in diesem Leyh-Brieffen befindliche Worte eines Lehen-Manns und Lehen-Trägers solchem nicht wenig beypflichten / vocabulum enim Lehen-Mann vasallum lege feudali obstrictum importat; 2.

Besold. *thes. practic. voc.* Lehen-Mann.

Et quamvis alioquin nomine eines Lehen-Trägers ex recepta & inveteratâ Germaniæ consuetudine intelligatur unus ex heredibus feudalibus, qui tanquam Curator nomine cæterorum investituram

 petere

petere & jurare soleat, ceu ostendunt

Finckelthaus. *disp. feud.* 7. *th.* 16. *lit.* B.
Franzk. *tr. de Laudem. cap.* 8. *n.* 137.
Rosenthal. *de feud. cap.* 6. *concl.* 36. *n.* 4.
Berlich. *decis.* 20. *n.* 1. & 2.
Klock. *cons.* 18. *n.* 52.

in sensu tamen latiori & generaliori etiam ipsius vasalli personæ non incommodè aptatur, ut apparet ex iis, quæ consignavit

Carpzov. *Jurisp. forens. p.* 2. *const.* 13. *def.* 17. *per tot.*

5. Nebst deme 3.) der Lehen-Mann sehr verbindlich und an Eydes statt sothane Treu versprochen / und zu dem jenigen / was einem getreuen Lehen-Mann gebühret / sich anheischig gemacht hat; Licet enim aliâs juramentum solenne & corporale Vasallo præstare, & per id fidelitatem corroborare incumbat;

2. Feudor. 3. 4. & 24. *in fin.*

in potestate tamen Domini est, solennitatem hanc vel prorsus remittere,

dict. 2. *Feud.* 3. 2. *Feud.* 24. §. 1.

vel promissionem vicariam & æquipollentem, cujusmodi est: An Eydes statt / & naturalia, inter quæ etiam est juramenti præstatio, pactis remitti possint

Struv. *Syntagm. feud. cap.* 2. *aph.* 7. *n.* 2.
Rosenthal. *de feud. cap.* 2. *concl.* 60. *n.* 2.

admittere,

arg. *L. si quis. pen. C. de Pact.*

cùm is, qui in totum jus suum remittere potest, illud multò magis in aliam qualitatem convertere valeat,

L. quod si iterum. 4. *L. licet.* 30. *de adim. & transf. legat.*
L. nihil est. 31. *ad munic.*

præprimis cum talis obtestatio loco juramenti reputetur,

Klock.

Klock. *de Contrib. cap. 17. n. 78.*
Richter. *Consil. 56. n. 7. part. 1. volum. 1.*

& in specie fidei interpositio eundem habeat effectum, quem juramentum corporale, ut non saltem probant loca Juris Canonici in

cap. ad aures. 3. X. de his quæ vi met. caus.
cap. pervenit. 2. X. de fidej.

verùm etiam unanimi id calculo receptum, in Germaniâ usitatum & in supremo Imperii Tribunali frequentatum, esse testantur Interpretes

Setserus *tr. de Juram. lib. 1. cap. 6. n. 2. & seqq.*
Schurff. *Cons. 53. n. 19. cent. 3.*
Sixtinus *Cons. Marp. 12. n. 2. vol. 3.*
Vultejus *Cons. Marp. 18. n. 198. & Cons. 34. n. 91. vol. 3.*
Benekendorff. *ad tract.* Seraphini de Seraphinis. *de Priv. Juram. priv. 77. n. 9. ubi cumulatissimas Doctorum allegationes subnectit.*

eamque sententiam tanquam conscientiis & negotiis humanis prospicientem, ub lex pro forma juramentum corporale non requirit, veriorem & latiorem indicat

Mevius *part. 1. decis. 146. n. ult.*

Auch 4.) beyde über sothane Gütter aufgerichtete und vom Keller zu N. ertheilte Documenten austrücklich Lehn-Briefe genannt / und dadurch die Kenn-Zeichen und Merckmahlen dieser als Lehnbaren Stücken zu verstehen gegeben worden / investitura siquidem qualitatem feudalem optimè probat, & ea, quæ in investituris comprehensa inveniuntur, pro feudalibus reputantur, 4.

Oldrad. *Cons. 272.*
Curt. Jun. *Cons. 31. col. 2. post med. & Cons. 140. col. 2. in fin.*

adeò ut feudi probatio ex solis investituris & recognitionibus tanquam liquidissima censeatur, ut pertinenter tradidit

Cravet-

Cravetta *Respons. pro Genero. n. 425.*

cùm investitura vim contractus ostendat, inque eam veluti scopum omnis feudi status dirigatur,

Zasius *in Epit. feudor. part. 8. n. 49.*

Et propterea si fuerit dictum, investimus te de tali castro, semper feudum constitutum esse intelligatur,

cap. per tuas. 5. X. de donat.

Innocent. *in cap. veritatis. X. de jurej.*

5. Alldieweil jedoch 1.) nicht alle und jede Belehnungen / sondern allein die jenige / worbey partes feudorum essentiales zu befinden / ein Lehen und dessen Empfängnus nach sich ziehen / ad ipsam siquidem feudi constitutionem & inducendam essentiam singulari quodam contractu opus est, quo ex parte Vasalli fides solenniter & emphaticè ac per Juramentum promittatur, ex parte verò domini accipiens in Vasallum recipiatur, ipsique res feudi nomine tradatur, & quidem adhibitis duobus Paribus Curiæ, utpote jam tum domino ratione fidei obstrictis, & ad perficiendam hanc solennitatem duntaxat habilibus,

2. Feudor. 2. princ. & 32. ac 33.

eâque de causâ in eâ conditione constitutis, ut possint à domino citari & ad testificandum cogi,

dict. text. in 2. Feud. 2. pr. vers. si enim.

Bocer. *tr. de Invest. cap. 4. n. 59.*

In tantum, ut si solennitates hæ fuerint omissæ, investitura nullius valoris & effectus reputetur;

per text. expreß. in 2. Feud. 32. ibi: etiamsi Dominus confiteatur factam, quia tamen sine solennitate hac facta non valet &c.

eamque solennitatem etiamnum hodie in usu esse & frequentari, ex formula investituris communiter addi solita, deducit & probat

Struv. *syntagm. feud. cap. 8. aph. 5. n. 4.*

Derglei-

Dergleichen Constitution und Solennität aber bey diesen Belehrungen und Concessionen zumal nicht zu befinden / wie aus denen Lehen-Brie-fen sattsam und offenbahr zu bemercken /

Dannenhero 2.) nicht genug / daß diese Gütter einigen als Lehen-Trägern übergeben und aufgetragen worden / tametsi enim quædam conjecturæ, quæ ad naturam feudi accedant, concurrere deprehendantur, tamen feudum nequaquam præsumitur, quando aliæ & quidem fortiores aliam præsumptionem ingeminant, ut cum citatis probat 6.

Mantica *tr. de Tac. & amb. Conv. lib. 23. tit. 7. n. 8.*

præprimis cum feudum tanquam species servitutis regulariter haud præsumatur,

Mantica *d. lib. 23. tit. 4. n. 1.*

& quævis concessio in dubio potius allodialis quàm feudalis præsumi soleat,

Vultej. *de feud. lib. 2. C. 3. n. 11.*

Bevorab da 3.) in ersagten Lehen-Briefen weniger nicht des Ver- 7. lehnens / und zwar beydes vor den Lehen-Mann und seine Frau / als auch nur für einen leidlichen jährlichen Zinß gedacht / diese Belehnung auch allein auf des Lehen-Manns Leben gerichtet wird; Præterquam autem, quod terminus: Verlehnen oder Verleyhen / nequaquam feudum, sed potius locationem, eamque vel simplicem, vel aliis concurrentibus indiciis cum plenioris juris translatione conjunctam, nimirum emphyteusin, importet,

Colleg. Argent. *ad tit. locat. n. 4.*

etiam in feudo à masculo acquisito non fœminæ sed masculi succedunt & admittuntur,

1. Feud. 8. §. filia. 2. Feud. 50. princ.

idque in dubio etiam hoc modo semper concessum intelligitur;

Manentus *Cons. 39. n. 20.*

neque feuda ordinariè pro reditu vel censu sed servitiis constituatur,

2. Feud. 23. in fin.
Mantica *d. tr. lib. 22. tit. 4. n. 7.*

in tantum ut licet eorum nulla facta fuerit mentio, tamen si de feudi datione appareat, ea nihilominus à Vasallo debeantur & promissa censeantur,

arg. *L. cum quid mutuum. 3. de R. cred.*
Setser. *disp. feudal. 1. th. 28. pag. 50.*

denique etiam feuda non tam ad aliquod tempus seu dies vitæ constitui, sed plerumque in perpetuum dari, & toti generationi relinqui censeantur;

2. Feud. 31. & 50.

8. Uberdas 4.) nicht genug ist / ut formula; Treu und Hold zu seyn exprimatur, plura siquidem obligatio feudalis & juramentum desuper præstandum desiderat, ut apparet ex

textibus disertis *in 2. Feud. 6. & 7.*

eâque de causâ formula juramenti in vasallagio præstandi non saltem ad dicta verba; verum etiam alia, & in specie: Gewärtig zu seyn / refertur,

Ritter. *de Homagio. cap. 1. n. 31.*
Rosenthal. *de feud. cap. 6. conclus. 85. n. 7.*

eamque formulam integram exhibet,

Schneidewin. *Epit. feudal. p. 5. cap. 1. pag. m. 351.*

& membra juramenti specificè & nominatim exponit,

Bitschius *in Comm. feud. ad dict. text. in 2. F. 6. & 7.*

9. Weniger 5.) die Benennung eines Lehen-Manns oder Vasalli hierbey etwas verfangen kan / nam ut taceamus abusu loquendi effectum esse, ut etiam quandoque vasallus pro subdito accipiatur, ceu testatur

Tabor. Barbos. *locuplet. lib. 18. cap. 3. axiom. 4.*

etiam

etiam concessio sive contractus non præcisè ex nomine sive appellatione, verùm potius ex substantiâ & internis visceribus judicari debet,

L. insulam. 6. de præscript. verb.

si enim in contractu ponatur nomen unius & effectus alterius, talis contractus judicandus est secundum naturam illius, cujus effectus est positus, cum appositum, quod non convenit formæ & effectui, habeatur pro non apposito, ut bene

Richter. *de Interpr. contract. posit. 7.*

& verba generalia & præsertim abusiva semper ad aptitudinem sunt restringenda;

Richter. *dict. loc.*

Auch obgleich sonsten 6.) juramentum corporale, tanquam ad naturalia solummodò feudi pertinens, wohl remittiret / oder an dessen statt eine andere formula v. gr. an Eydes statt gebrauchet werden kan / 10.

2. Feud. 3. & 24. §. 1.

dannoch solches allein statt findet / quando feudum constitutum esse apodicticè & infallibiliter probari potest, cùm juramentum tanquam accessorium, & quidem naturale absque substantiâ esse & subsistere nequeat,

L. 2. de pecul. legat.

& non entis nullæ partes & qualitates esse possint,

L. ejus qui. 41. vers. quod si stipulatus. si cert. pet.
Richter. *cons. 31. n. 148. vol. 1.*

welches alles allhier ermangele in Ration. Decid. 1. überflüßig gezeiget worden.

Ingleichem 7.) diesem zu Folge die beygelegte Lehen-Brieffe von denen jenigen Investituris, so sonsten in feudis gegeben zu werden pflegen / unterschieden sind / argumentum enim, quod sumitur ex investitura 11.

stitura ad demonstrandam feudi qualitatem, non est necessarium, quando ex verbis claris feudi interpretatio excluditur, ut in terminis notanter concludit

Mantica *dict. lib. 23. tit. 5. n. 2.*

Cùm etiam de bonis emphyteuticis ac censiticis possessores investiantur, & renovationem investituræ petere cogantur, ut benè

Carpzov. *P. 1. Const. 27. def. 7. in fin.*

12. Vielmehr 8.) und Letztens sonderlich zu bemercken / daß nicht allein ein sehr geringer Canon denen Lehen-Leuten zu zahlen / sondern auch dessen Abtrag / wie auch die Beybehaltung der Gütter sub pœnâ privationis ihnen auferlegt worden / tralatitium autem est & expeditum, non feudi sed emphyteuseos potius indoli ac naturæ convenire, ut canon modicus in recognitionem dominii præstetur, & pœna privationis seu caducitatis in casum contraventionis reservetur,

L. 1. & 2. C. de Jur. emphyt.

Fulgineus *tr. de Jur. emphyt. prælud. q. 8. n. 25. & 26.*

adeò ut parva pensio emphyteusin inducat, tametsi locationis facta fuerit mentio,

Fulgineus *d. loc. q. 15. n. 21.*

& emphyteusis vera reputetur, quando concessio facta ad quid annuum & modicum præstandum, licet appelletur feudum & juramentum accesserit,

Bursatus *Consil. 85. n. 27.*

in feudis autem id nequaquam obtinere, utpote in quibus nec canon præstatur, ut dictum, & præterea juris est, ut si quid fiat contra obligationem feudalem, feudum non ad dominum sed ad proximos agnatos devolvatur,

Fulgineus *d. tr. q. 9. sub fin.*

Als ist kein Zweiffel / daß die in denen Lehen-Brieffen bemeldte Gütter keines Weges pro feudalibus, sondern allein pro emphyteuticis zu achten seyen.

Aus

Aus welcher Entscheidung dann auch die zweyte Frage gar leichtlich ihre abhelffliche Maas erlangen kan / dann weil es an deme / daß diese Gütter bloserdings für Erb-Zinß-Gütter zu halten / so ergiebt sich von selbsten / daß deren Alienation mit Recht keines Weges bestritten / noch etwas mit Bestand obmoviret werden könne / wordurch der beklagte Johann Caspar zu W. sothaner ihme ertheilte Leyhe wiederumb zu entsetzen seye. Dann ohngeachtet unter denen Rechts-Lehrern / ob die bona emphyteutica in præjudicium successorum mit Fug alieniret werden können / einige Spaltungen sich hervor thun / wie zu sehen beym

Fachinæo. *Conf. 79. n. 44. lib. 1.*

Fulgineo *tr. de Jur. Emphyt. tit. de contr. emphyt. q. 24.*

So ist doch die bewährteste und beste Meynung / daß ein Erb-Zinß- 13.
mann allen und jeden in der Investitur begriffenen Erben / sie seyen gleich in der absteigenden oder Seitwärts Linien begriffen / durch die von ihme vorgenommene Veräusserung præjudiciren / und die etwa sonsten verhoffte Nachfolge ihnen entziehen könne / in Betrachtung / quod bona emphyteutica instar feudalium intuitu certæ familiæ atque sanguinis non dentur, & proinde liberiori dispositioni atque alienationi subjaceant,

per *L. ult. C. de Jur. emphyt.*

allermassen solcher Meynung nachtrücklich beypflichten

Alexand. Tartangus *Conf. 30. n. 16. lib. 1.*

Cephal. *Conf. 397. n. 16. & seq. lib. 3.*

Hondedeus. *Conf. 51. n. 23. vol. 1.*

Dannenhero / ob gleich an Seiten des Klägers angegeben werden wollte / als hätte Johann B. sothane Lehen-Gütter ohnrechtmäßig alieniret / dannoch sothanes Postulatum durch diesen Haupt-Grund völlig vernichtet und zu Boden gerichtet wird;

Und zwar 2.) um so mehr / weil solches per ultimam voluntatem 14.
beschehen und zu Werck gerichtet worden / expediti autem juris est,

 in

in consulto etiam domino prædium emphyteuticum vel jus in eo competens in ultimo elogio relinqui aut legari posse, ceu multis adductis comprobat

Harprecht. *ad §. 3. Inst. de locat. cond. n. 338.*

Unde etiam Patri uni ex filiis emphyteusin testamento suo relinquere conceditur;

Harprecht. *d. loc. n. 230.*

licet hoc sed sine ratione ad casum, quo liberis cæteris Pater aliquid aliud relinquit, restringat

Fulgineus *d. tit. de contr. emphyt. quæst. 24. n. 14.*

15. Ja da noch überdas 3.) berührter Testator seine Hauß-Frau als coinvestitam damit bedacht / und auf selbige seinen letzten Willen gerichtet hat / tantò minus enim videtur aliquid novi præsumpsisse, & voluntati Domini contravenisse, qui rem in gratiam coinvestiti dimittit, & hoc ipso ejus utilitatibus medetur, ut benè

Sichard. *ad L. voluntas. 4. C. de fideicom. n. 6. & 7.*

16. Hierauf auch 4.) dieselbe zur Leyh-Empfängnus zugelassen / zum andernmal würcklich damit belehnet / und mit gewöhnlichen Lehen-Brieffen versehen worden / ubi enim actus alienationis tanquam licitus præcessit, & novus Emphyteuta à Domino admissus, cumque eo novus contractus celebratus, tum jus adeò firmum & radicatum obtinuit, ut nullâ ratione nullove prætextu ei subverti possit, actus enim præcedens, quando de genere permissorum est, etiam subsequens valide sustinetur, cum præcedentia subsequentibus adminiculum & robur præbeant,

arg. *L. si servus plurium. 50. §. ult. de leg. 1.*

& propterea jus ex ejuscemodi actu quæsitum nequaquam auferendum seu labefactandum,

§. ult. Inst. de his qui sui vel alien. jur. sunt.

quin potius jure ejus uti debet, qui in jus alterius succedit;

L. si aquæductus. 47. de contrah. empt.

Ohn-

Ohngehindert 5.) und beschließlich der in Actis befindlichen Ehe-Pacten, so von Klägern sonderlich entgegen gesetzet / und als sey darinnen ein anders versehen worden / vorgeben werden will / massen ex §. 5. pactorum offenbahr und unwiederleglich zu ersehen / daß die darinnen enthaltene Versehung auf den Todes-Fall / und zwar nicht per modum dilationis sondern dispositionis, einfolglich in vim ultimæ voluntatis beschehen und verfüget worden seye; per ea, quæ hanc in rem solidè notavit & deduxit 17.

Carpzov. *J.F.p.2.const.43.def.5.*

Dannenhero kein Wunder / daß selbige per contrariam dispositionem sive ordinationem wieder aufgehoben werden können per

L.4. de adim. vel transf. legat.

Erachte demnach daß diese Sache folgender Gestalt abzuurtheilen / und darinnen auszusprechen seye.

Bescheid.

IN Sachen Henrich K. und Consorten zu W. als Klägern an einem / entgegen und wider Johann daselbsten / als Beklagten am andern Theil / wird allem hinc inde so schrifft- so mündlich gethanen Vorbringen nach / hiermit zu Recht erkannt; Daß Beklagter von der gegen ihn erhobenen Klage allerdings zu absolviren / und bey der einmal erhaltenen / und viele Jahre genossenen Erb-Leyh zu lassen und zu handhaben seye / allermassen dann das C. M. Ober-Ampt allhier denselben von der gegen ihn angestellten Klage hiermit absolviret / und bey der einmal erhaltenen Erb-Leyh und deren fernerem Genuß lässet und handhabet / die beyderseits angewandte Unkosten aber aus hierzu bewegenden Ursachen gegeneinander vergleichend und aufhebend. Von Rechts wegen.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XXIX.

An onus dotalitii pro reali seu feudo inhærente sit habendum & nudus Successor feudalis, qui in Bonis Allodialibus non succedit, ad illud obstringatur.

An post Viduæ mortem ipsius heredes reditus dotalitios justo tempore non solutos exigere valeant?

Ob die Wittums-Verpflegung vor eine Real-Beschwerde eines Lehens zu halten / und ein bloser Lehens-Agnat, so in denen Erb Güttern nicht succediret / zu deren Abtrag verbunden seye?

Ob nach der Wittib Tod der Nachstand / daferne solcher zu behöriger Zeit nicht entrichtet worden / von ihren Erben eingeklaget werden könne?

SUMMARIA.

1. *An dotalitium pro onere reali seu feudo inhærente & quidem tali, quod feudum non in subsidium sed principaliter afficiat, sit habendum, disquiritur.*
2. *Quid in Hassiâ hoc in passu receptum?*
3. *Nemo suum jactare præsumitur, nec id solvit, quod haud se debere persuasum habet, & solvens eo ipso contractum approbat.*
4. *Licet viduæ morte dotalitium fuerit extinctum, ejus tamen heredes reditus dotalitios justo tempore non solutos cur exigere possint?*
5. *Nemo sine causæ cognitione possessione suâ dejiciendus, & à Judice omnia legitimè peracta præsumuntur.*
6. *Lapsus 60. Annorum pro consensu est & debitum confessatum arguit.*
7. *Authore prætore qui possidet justè possidere dicitur, & qui actui continuando patientiam substernit,*

sternit, eum fovere censetur.

8. *Onera rei inhærentia quemcunque Vasallum sine ullo successionis respectu comitantur, & liberatio eodem modo fieri debet, quo obligationis nexus primum existit.*

9. *Uxor tanquam dejecta restitui debet, quando reditus vitalitii annuatim non solvuntur.*

SPECIES FACTI.

Es ist Ferdinandus in Anno 1589. verstorben / und haben dessen hinterlassener Wittib / meines Groß-Vatters Bruder Magnus und dessen Vetter Theodorus eine Wittumbs-Verpflegung an Geld und Frucht entrichten zu lassen gegen Abtrettung ihres Manns Seel. verlassener so wohl Lehen- als Erb-Gütter stipuliret / meines Groß-Vatters Bruder hat seinen Theil daran allweg richtig bezahlet / besagter Theodorus aber ist 114. Gulden daran schuldig blieben / weßhalben der Wittib Erben sich in zwey seiner Lehen-Wiesen in Anno 1635. immittiren lassen; Als nun erst mentionirter Theodorus auch ohne Hinterlassung Männlicher Erben verstorben / und dessen Lehen-Gütter meinen Vorfahren und consequenter mir angefallen / will ich solche Lehen-Wiesen auch vindiciren;

Quæritur:

Ob ich die darauf hafftende Wittumbs-Gelder als nudus Successor feudalis, und da ich des Debitoris Erbe nicht bin / zu zahlen schuldig?

RESPONSUM.

Ich bin bey gegenwärtigem mir zugeschickten Fall / und der dabey vorgestellten Frage der ohnmaßgeblichen Meynung / es werde Herr Ernestus nicht umbgehen können das jenige zu 1.

 zahlen/

zahlen / was weyland Ferdinandi hinterbliebene Wittib an behöriger Wittums-Verpflegung stipuliret / Theodorus aber daran zu seinem Antheil schuldig verblieben. Dann ob wohl die Rechts-Lehrer hierbey nicht einstimmig sind / indeme einige in denen Gedancken stehen / als seye dotalitium ex universali Imperii observantiâ & consuetudine pro onere reali, seu feudo inhærente, & quidem tali, quod feudum non in subsidium, sive bonis allodialibus deficientibus, sed principaliter afficiat, zu achten / andere aber hiervon abgehen / und mit besserem Grund dafür halten / es könne ein Lehens-Agnat, falls er zugleich in Bonis Allodialibus nicht succediret / keines Weges geheissen werden / dergleichen Wittums-Besorgung abzutragen / weil einem Vasallo auf denen Lehen-Güttern solche zu assigniren im geringsten nicht zukomme / welche mehrbewährte Meynung nicht nur behauptet

Myler. Gamolog. *Illustr. Imp. famil. cap. 12. §. 6.*

2. sondern auch das im Fürstenthum Hessen bey Adelichen Familien, übliche Herkommen bestärcket / als Krafft deren einer Adelichen Wittib die assignirte Leib-Renthen anderer Gestalt nicht angedeyhen können / als wann selbige mit Vorwissen und Einwilligung beydes des Lehen-Herrn und der Agnaten accordiret / und besonders von diesen die Ehe-Beredung / wie gebräuchlich / concertiret und unterschrieben / oder wenigstens deren Consens vermittelst eines ausgestellten Scheins declariret worden / allermassen solches unter andern Fällen auch bey der für wenig Jahren zu N. abgelebten B. Wittib geschehen / wie aus neben-beygehenden ihro in Anno 1651. ertheilten Fürstl. Privilegio sich mit mehrerem ergiebt / so kommen doch die Interpp. darinn allerdings überein / es seyen auch inviti agnati einer Wittib Standsmässigen Unterhalt anzuschaffen / oder auch denjenigen / womit ihro allschon prospiciret worden / zu beobachten und zu erfüllen gehalten / wann ihrer Seits die Ausstattungs-Gelder würcklich inferiret / und in das Lehen / wie ex hâc illatione der Interpretum Meynung nach præsumiret wird /

Kohl. *declarat. Constit. Marchic. quæst. 9. n. 15.*

Carpzov.

Carpzov. *Jurispr. forens. part. 2. const. 44. def. 9. n. 7. & 8.*

verwendet worden / additâ ratione, weil sonsten die Agnati mit ihrem merckſamen Nachtheil und Verlust bereichert würden / wie doctè & pertinenter berühret

Myler. *dict. tract. cap. 12. §. 8.*

allwo er auch wohl mit anführet / daß auf diese Maaß onus dotalitii pro feudali zu halten seye; Gleichwie dann kein Zweiffel / daß vorersagten Ferdinandi Wittib die Dotal-Gelder dero Zeit inferiret habe; angesehen 1.) Magnus und dessen Vetter Theodorus ihro eine gewisse Geld- und Frucht-Anlage gegen Abtrettung aller Erb- und Lehen-Güter / als worinnen sie sonsten jure Retentionis bleiben können / weniger nicht assigniret und accordiret / als auch jener seinen Antheil daran richtig bezahlet und abgetragen / welches nimmermehr erfolgt seyn würde / wann realis illatio dotis einiger massen in Zweiffel gezogen werden können / cùm nemo suum jactare præsumatur, 3.

L. cùm de indebito. 25. princ. de probat.

& nullus id solvat, quod haud se debere persuasum habet, quilibet enim ad conservandum potius, quàm perdendum inclinat

Vultej. *Cons. Marp. 18. n. 104. vol. 3.*

quin potius analogiæ juris conveniens est, ut qui solvit, eo ipso contractum pro justo agnoscere & approbare censeatur;

L. ad solutionem. 5. C. de re judic.

cap. quoad consultationem. 15. X. eod.

Auch 2.) der Wittib Erben den bey mehr-ernannten Theodoro im Stecken gebliebenen Nachstand befugter massen angeheischen und eingeklagt; Quantumvis enim viduæ morte dotalitium fuerit extinctum, ejus tamen heredes reditus dotalitii justo tempore non solutos exigere justè potuerunt;

Henelius ab Hennenfeld. *tract. de Jur. dotalit. cap. 11. §. 9. lit. a. & seqq.*

cùm in vita viduæ cesserint, & heredes in omne ejus jus successerint;

L. hereditas. 62. de R. J.
L. nihil. 24. de V. S.

5. Und da selbiger nicht zu erlangen gewesen / sich in zwey unterschiedene dessen Lehen-Wiesen gerichtlich immittiren lassen / sicut autem nemo sine causæ cognitione possessione suâ dejici solet & potest,

L. meminerunt. C. unde vi.

ita etiam immotè credendum, & pro comperto habendum, quod judex ante factam immissionem veritatem debiti dotalitiarii investigaverit, eâque deprehensâ ad hunc modum destitutionis processerit, præprimis cùm à Judice omnia ritè & legitimè peracta præsumantur;

cap. sicut nobis. 16. in fin. X. de sentent. & re judic.
Menoch. *lib. 2. præs. 67. n. 1. & seqq.*

& omnis doli atque nullitatis conjectura ab eo exulet,

Gail. *lib. 2. Obs. 1. n. 10.*

Quâ de causâ, ubi eam in actum deductam esse apparet, reputatur ipsa pro evidenti debiti præexistentis argumento,

Mevius *part. 2. decis. 214. n. 11.*

Nicht weniger 3.) sothane beyde per immissionem befangene Wiesen nunmehr über 60. Jahren in andern Händen gelassen / und und niemals dißfalls einige Klage erhoben worden / lapsus autem tanti temporis pro consensu est, & firmissima debiti confessati vestigia fundat,

L. item quæritur. 13. §. ult. locat.

& tanta annorum curricula negotio gesto fidem & applausum accommodant,

L. si sub specie. 3. C. de postul.

cùm nemo adeò incuriosus esse censeatur, ut id non faceret, quod

quod facere se posse, autumabat,

L. ult. in fin. C. de neceß. serv. hered. instit.

Solchem zu Folge 4) der Innhaber bißheriger Besitz und Genuß nicht nur nach der Gerichtlichen Einweisung / sondern auch der Lehens-Folger langwüriges Stillschweigen abzumessen / und in Absicht sothanen zwiefachen Grunds für allerdings rechtmäßig zu erkennen und zu achten / authore enim prætore qui possidet, utique justè possidere dicitur; 7.

L. justè. 11. de acquir. vel amitt. posseß.
L. qui authore. 137. de R. J.

& qui actui continuando longævam patientiam ac taciturnitatem substernit, eam magis fovere, permittere & approbare censetur,

L. Legem. 16. C. de locat.

ita ut possessor gemino quasi fulcro inniti, & authoritate tàm publicâ, quàm privatâ percipere videatur,

Cardinal. Tusch. *concl. 28. n. 32.*

Also ist es auch diesem allen nach an deme / daß der Herr Ernestus gegen diesem ex causâ tàm favorabili entspringenden und mit dem Feudo auf ihn devolvirten Nachstand / daß er mehrermeldten seines Vettern Theodori Erbe nicht worden / keines Weges vorschirmen / sondern allein vermittelst dessen völligen Abtrags den Weg zu Einklagung und Entledigung dieser Lehen-Wiesen sich eröffnen könne / cùm explorati juris sit, onera rei inhærentia quemcunque Vasallum sine ullo successionis respectu comitari; 8.

L. si rem. 42. & L. sive rem. 51. de rei vindic.

eamque ob causam liberationem eodem modo fieri debere, quo obligationis nexus primum existit,

L. nihil. 35. de R. J.
L. acceptam. 19. C. de Usur.

9. Und zwar dieses um so mehr / weil auch Ferdinandi Wittib bey Leb-Zeiten eben dadurch eine befugsame Ursach zu klagen ergreiffen / und dardurch wiederum in die Lehen-Gütter sich einschwingen können / weil sie der veraccordirten Verpflegung nicht völlig geniesen / und sich Stand-mäßig erhalten können / gleichwol aber unter deren starck angegebenen Festhaltung und Vollziehung die Erb- und Lehen-Gütter abzutretten / sich auftringen lassen müssen / Uxor enim tanquàm dejecta restitui debet, quando reditus vitalitii annuatim non solvuntur, sub quorum tamen spe à bonis feudalibus recedere commota fuit,

Henelius ab Hennenfeld. *tr. de jur. dotal. cap. 7. §. 19. lit. C. & seqq.*

CONSILIUM seu RESPONSUM *XXX.*

IN PUNCTO SUCCESSIONIS FEUDALIS INTER COLLATERALES CONTROVERSÆ.

Von einem unter Collateralen strittigen Lehens-Anfall.

1. *Gradu proximior remotiorem in successione excludit.*
2. *Jus repræsentationis duntaxat in fratrum successionibus locum habet, nullatenus verò ultra ipsorum filios extenditur, idque etiam in feudis obtinet.*
3. *In successione Patruelis alter, qui æqualis distantiæ est, patrem suum apud patruum haud repræsentat, ubi ratio additur.*
4. *Avunculo prior quàm Consobrino successio intestati defertur.*
5. *Quod & in tritura forensi receptum, & præjudiciis firmatur.*
6. *In feudis etiam prærogativa gradus & quidem habito respectu*

spectu ad ultimum vasallum observatur, ac quænam computatio attendatur?

7. *Casus, qui in jure feudali expressè non comprehenduntur, ex jure communi decidendi, cur in præsenti casu ad jus civile haud verò canonicum recurrendum.*

8. *Fratribus & fratrum filiis non exstantibus ad feudi successionem agnati proximiores admittuntur.*

9. *Ex capite affinitatis nulla tribuitur successio.*

10. *Fœminarum successio in bonis feudalibus, nisi speciali pacto aliud actum vel feudum sit fœmineum, haud admittitur.*

11. *Juri quæsito etiam tacitè renunciari potest, cumprimis si quis incompatabilia agat & quænam talia sint?*

12. *Idq; cumprimis in feudis obtinet, in quibus filius ad factum patris præstandum obligatur.*

13. *Possessor in possessione justâ quàm injustâ est defendendus, quantumq; sit possessionis commodum?*

14. *Ex intentione agentis omnis actus æstimandus, neq; hic ultra eam extendendus.*

51. *Renunciatio ex actu etiam proximo haud elicitur, quando de eâ expressâ non constat, quod ampliatur.*

16. *Conniventia haud præjudicat, nec voluntatem, mandatum & consensum inducit in caussis magni præjudicii, quales sunt feudales.*

17. *Naturalis familiaritas ex consanguinitate probatur, & consanguineus potius jure familiaritatis quàm proprio usus censetur, præprimis quando percipiens nullo titulo est munitus.*

18. *Ex familiaritate quantocunq; tempore duraverit, nullum permittens præjudicium patitur, neque in petitorio neq; in possessorio, nec percipienti exinde jus acquiritur, quod ampliatur, & singulariter ad feudum applicatur.*

19. *In bonis feudalibus nulla alia quàm longissimi temporis præscriptio admittitur.*

20. *In materia præscriptionis semper jus Canonicum sequimur, quod & in Camerâ observatur, & in feudis quoque usu receptum.*

21. *In feudis ex pacto & providentia*

tia filii quare non hereditario, sed proprio jure succedant, iisq; renunciatio etiam expressa haud obsit?

22\. *Filius quatenus feudum paternum in feudis præstare teneatur?*

23\. *A Contractu ad delictum cur inferri nequeat?*

24\. *Favor conservandarum familiarum maximus est, & Parentes liberis potius providere quàm alienando ipsis victum subducere debent.*

25\. *Pater delinquendo etiam liberis ad amissionem feudi nocere potest, quod tamen limitatur.*

SPECIES FACTI.

Titius, Mevius & Sempronius tres fratres besetzen ein gewisses von ihrem Vatter seel. auf sie gebrachtes Mann-Lehen zu gleichen Theilen / und stirbet demnach Titius und verläßet einen Sohn als Lehen-Folger / darnach stirbet auch Mevius, und hinterlässet gleichfalls einen Sohn als Lehen-Folger / mit welchen beyden Söhnen nun deren Patruus Sempronius gedachtes Mann-Lehen besitzet / biß des Titii Sohn mit Tode abgehet / da so dann des Mevii Sohn und dieses Mutter des Titii verstorbenen Sohnes erledigten Theil mit dieses Patruo dem Sempronio zugleich ererben wollen / und sothane dessen Halbscheid mehrentheils ohne einige geringe Stücke zu sich nehmen und geniesen / wie solches auch der Patruus Sempronius in Betracht bey des Mevii Sohn und dessen Mutter kein Allodial-Gütter vorhanden / connivendo geschehen lässet; Nun aber kommen des Sempronii Söhne/ohnerachtet ihr Vatter seines Brudern seeligen Titii auch seeligen Sohn vor des Mevii Sohn in solchem erledigten Lehens-Theil succediren müssen / (quoniam repræsentatio extra fratrum filios & quidem in successione patrui non datur, quod hoc casu maximè obtinet, dum hic non succeditur fratri & patruo, sed fratris & patrui filio) und prætendiren / (massen auch ihr Vatter seelig ihnen in der Lehens-Folge und in ihrigem daherigen Jure quæsito nicht præjudiciren können) von des Mevii Sohn und

und dessen Lehens-Folgeren / was selbige von des Titii Sohns Lehens-Antheil bißher percipiret / vor sich. Fraget sich demnach:

Ob nicht des Sempronii Söhnen des Titii Sohns erledigter Lehens-Antheil / so gestalten Sachen gebühre / und selbige was darvon des Mevii Sohn percipiret / also jure vindiciren mögen.

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldten fürgesetzte Facti Species in puncto Successionis feudalis in lineâ collaterali nebst einer daraus gezogenen Frage zugeschickt / und meine Rechts-Belehrung darüber erfordert worden / so habe selbige mit behöriger Angelegenheit verlesen wohl erwogen / und erstatte darauf folgende Rechtliche Nachricht; Daß in gegenwärtigem Fall / da von denen dreyen Gebrüdern / als rechtmäßigen Lehens-Folgern / Titius zu erst / und zwar mit Hinterlassung eines Sohns / nachgehends auch Mevius, so gleichfalls einen Sohn verlassen / mit Tod abgangen / Sempronius aber allein überblieben / und forters darauf sich zugetragen / daß Titii des ältisten Bruders Sohn ohne Hinterlassung männlicher Leibs-Lehns-Erben verstorben / beyde auch dessen Lehens-Antheil unter sich getheilet / und dergestalt Sempronius den Mevium darvon zugleich participiren lassen / endlich aber auch Sempronius verstorben / und dessen Söhne nunmehro dafür halten wollen / es seye Ihnen das durch Titii Sohns Tod erledigte Antheil einig und allein zugefallen / und Sie solches von des Mevii Sohn / ohnerachtet der von ihrem Vatter verstatteten participation, wiederum zu vindiciren und einzuklagen befugt / daß nemlich so viel die Succession selbst betrifft / Sempronius als der dritte überlebende Bruder bey seinen Lebzeiten des ersten Bruders Titii Sohns Antheil einig und allein / keines Weges aber des zweyten Bruders Mevii Sohn zugleich desselben sich anzumassen berechtiget gewesen: Allermassen erstlich des Mevii Sohn gradus distantiâ von Sempronio unterschieden / indeme dieser des Titii Sohn / von dessen Succession gehandelt wird / in gradu tertio, jener aber in quarto & ita re- 1.

 motiori

motiori gradu der Sippschafft zugethan;

L. JCtus. 10. §. 14. & 15. de grad. & affin.

gradu autem proximior remotiorem in successione excludit;

Novell. 116. cap. 3. ibi: uniuscujusq; gradus prærogativam.

2. Bevorab da 2.) Mevii Sohn mit und beneben Sempronio auch nicht einmal jure Repræsentationis zugelassen werden kan/ indeme allhier nicht de ipsius Titii tanquam fratris sed ejusdem filii successione gefraget wird/ certi autem juris est, jus repræsentationis duntaxat in fratrum successionibus locum habere, nullatenus autem ultra fratrum filios extendi;

dict. Novell. cap. 3.

Idque etiam in feudis obtinere, apparet ex textu in

2. Feudor. 11. ibi: his verò deficientibus.
Schneidewin. *Epit. feud. tit. de Succeß. Collat. n. 10.*
Rosenthal. *de feud. cap. 7. concl. 56. n. 20.*
Struv. *Syntagm. feudal. cap. 9. aph. 7. n. 7. in fin.*

3. Gestalten 3.) Titii Sohn mit des Mevii Sohn Patruelis oder Geschwister Kind ist/ analogiæ autem juris neutiquam conveniens est, ut in successione Patruelis alter, qui æqualis distantiæ est, Patrem suum apud Patruum repræsentet, ratione quippe haud ferente, ut repræsentationem à coæqualibus metiamur, eâque ad concursum cum proximiori utamur,

arg. *dict. Novell. 118. cap. 3. ibi: in suorum parentum jura succedant. Et ibi: Si verò neq; fratres neq; fratrum filios defunctus reliquerit.*

4. Dahero 4.) Imperatores Diocletianus & Maximinus nachtrücklich und appositè mit nachfolgenden Worten rescribiren: *Avunculo priori, qui est in tertio gradu, quàm consobrino, qui sequentem occupat, deferri successionem intestati, certi juris est*, in

L. avunculo. 6. C. Commun. de succeß.

5. Welche Meynung dann auch 5.) in Triturâ forensi behaupten/ und

und mit stattlichen Præjudiciis bestärcken

Boërius *decis. 302. n. 1. & seqq.*

Carpzov. *Jurispr. forens. part. 3. Const. 18. def. 20.*

nicht weniger auch à modo computandi deduciren / und daß darinnen zuweilen geirret werde / wohl bemercken

Brunnemann. *ad dict. L. 6. C. Comm. de success.*

Perez. *ad eund. tit. n. 5.*

Nebst deme 6.) sothane Attinenz und dahero entspringende Prærogativ Sempronii für des Mevii Sohn auch billig in bonis feudalibus statt finden und in acht genommen werden muß / in feudis siquidem etiam prærogativa gradus 6.

2. feud. 11. 37. & 50.

& quidem ex veriori sententia, non habito respectu ad primum acquirentem, verùm potius ultimum Vasallum,

Rosenthal. *de feud. dict. cap. 7. concl. 7. n. 10.*

Ludwell. *Synops. feud. cap. 10. pag. m. 278.*

nec non attentâ computatione civili haud verò Canonicâ observari debet;

Schneidewin. *Epit. feudal. part. 6. de success. Collat. n. 6.*

Vultejus *de feud. cap. 9. n. 123.*

Schulz. *in Expos. Arb. consang. cap. 5. n. 3.*

Zumal da auch in denen jenigen Fällen / so in jure feudali austrücklich nicht enthalten und abgethan / deren Entscheidung ex juri communi 7.

2. feud. 1. ibi : strenuus autem Jurisperitus. &c.

und zwar bey diesem Fall besonders und in specie ex Jure Civili, nicht aber Canonico, indeme momentum Successionis causam Religionis & Pietatis keines Weges angehet / hergeholet und mit Bestand verfüget werden muß /

Finckelthaus. *disp. feudal. 1. quæst. 10.*

 Deme

8. Deme dann 8.) zu Folge feudistæ communiter concludiren / quòd fratribus & fratrum filiis non extantibus ad feudi successionem agnati proximiores admittantur, ceu cum Alvaritto concludit

Schneidewin. *dict. loc. n. 13.*

9. Ohngehindert daß 9.) und Letztens des Mevii Sohns Mutter / als Titii Sohn mit Tod abgangen / annoch im Leben gewesen / massen selbige diesem boßhin vinculo affinitatis zugethan / constat autem ex capite affinitatis nullam tribui successionem,

L. affinitatis. 7. C. comm. de success.

10. Anitzo zu geschweigen / daß wann auch gleich Mevius eine leibliche Schwester hinterlaßen / selbige dannoch mit ihrem Bruder Sempronio keines Weges succediren können / cùm manifestum sit fœminarum successionem in bonis feudalibus, nisi speciali pacto aliud actum, vel feudum sit fœmineum, nequaquam admitti,

1. feud. 8. §. filia. 2.

11. Ob dann wohl des Sempronii Söhne / indeme ihr Vatter des Mevii Sohn an dem erledigten Antheil zugleich participiren lassen / dessen Helffte wiederumb zu vindiciren und einzuklagen nicht befugt zu seyn scheinen / indeme es das Ansehen gewinnen will / als wann hierdurch derselbe dem in toto gebührende Lehens-Anfall tacitè renunciiret / und selbigem allein pro ratâ anzunehmen und zu behalten resolviret / cùm juri legitimè competenti & quæsito etiam tacitè & ipso facto renunciari possit,

cap. ex transmissâ. 3. X. de Renunc.
cap. gratum. 20. X. de offic. delegat.

eaque maximè inducatur & noceat, si quis incompetibilia seu pugnantia agat,

arg. *L. sed si quid. 15. §. ult. de usufr.*

cujusmodi sunt, quando is, cui totum delatum, partem tantummodò capit, alteram verò partem alium occupare & posside-

re

re patitur, parte enim totum haud retinetur,

cap. cùm olim. 18. X. de præscript.
cap. olim. 20. X. de Censib.

& alium admittens simul cum eo pro indiviso se possidere velle contestatur,

arg. *L. hæc actio. 1. §. 1. famil. hercisc.*

Tacita autem renunciatio perinde ut expressa præjudicium afferre solet,

cap. olim. 17. X. de censib.

ita ut ad jura renunciata non detur regressus,

Honded. *Cons. 29. n. 5. part. 1.*

Dieses auch sonderlich in feudis Platz zu finden dahero sehr wahrscheinlich gemacht wird / quòd filius ad factum patris præstandum in hisce obligetur, uti apparet ex 12.

2. feudor. 45.

Welches ad omnia indifferenter facta vi interpretationis extensivæ ziehet

Struv. *Synt. feudal. cap. 13. aph. 16. & cap. 14. aph. 30.*

& quidem contra communem Doctorum sententiam, quam aliàs multis rationibus ac momentis tuetur;

Finckelthaus. *disp. feudal. 10. quæst. 3.*

Und dahero des Mevii Sohn solches in possessorio besonders vorträglich zu seyn / und er bey der einmal permittente Sempronio ergriffen / und bißhero besessenen und genossenen Helffte des Lehen-Antheils zu lassen und zu manuteniren Rechtlicher Anleitung nach zu achten / sanè enim Mevii filius nec vi, nec clam, nec precariò possessionem est adeptus, sed voluntate & indulgentiâ Sempronii, & propterea possessio ejus justa firmoque & fundato titulo munita est, 13.

Gloss. *in cap. cùm venissent. X. de integ. restit.*
Vultej. *Cons. Marp. 30. n. 232. part. 2.*

Jure enim possidetur, quod justè & justè quod benè, ut eleganter traditur in

cap. Jus dictum est. 12. X. de V. S.
can. quid dicam. 11. caus. 14. quæst. 4.

Imò vix justior possessio dici potest, quàm quæ voluntate & concessione domini est munita, cùm nihil adeò conveniens sit naturali æquitati, quàm domini volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi,

L. quâ ratione. 9. §. 3. de A. R. D.

Possessor autem ejusmodi justus in suâ possessione est defendendus, nulloque modo destituendus,

§. retinendæ. 4. Inst. de Interdict.

cùm etiam nemo in possessione injustâ turbari & impediri debeat, eò quòd justitia tituli substantiam possessionis haud ingrediatur,

L. justa enim. 2. uti possid.

maximum siquidem commodum est possessionis, tum propter dominii præsumptionem inde enascentem,

Wesenb. *cons. 21. n. 68. part. 1.*
Mazold. *cons. 4. n. 75. & 105.*

tum propter emolumentum fructuum possessori obveniens,

dict. §. 3. I. de Interdict.

tum ob causæ decisionem pro possessore faciendam, semper enim uti interpretatio pro eo capienda,

Alciat. *de præsumpt. reg. ult. præs. 43.*

ita quoque pro eodem sententia pronuncianda,

cap. ult. X. de sentent.
cap. cum sunt partium. 11. de R. J. in 6to.

eâque de causâ nemo ante causæ cognitionem possessione suâ decedere cogitur,

cap. conquerente. 7. X. de restit. spoliat.

cùm

cùm possessionem retinere satius sit, quàm amissam recuperare,

L. is qui destinavit. 24. de R. V.

imò si quis sine vitio eam obtinuit, poterit etiam inculpatæ tutelæ, moderamine vim illatam propulsare, ceu notanter rescribunt Impp. in

L. rectè. 1. C. unde vi.

Alldieweil jedoch 1.) Sempronius nicht in der Meynung sich und 14
denen Seinigen zum Nachtheil den Lehens-Anfall abzutretten/ und darinnen des Mevii Sohn als Convasallum anzunehmen / sondern vielmehr denselben und dessen Mutter in Ermangelung anderer Allodial-Gütter bloßhin dessen Genuß zu verstatten / ersagte Participation zugelassen / ex intentione autem agentis omnis actus æstimandus, neque hic ultra eam extendendus,

L. non omnis. 19. princ. si cert. petat.

cùm semper, quo respectu, fine ac intentione quicquam fiat, spectari,

Wesenbec. *Consil. 269. n. 41. part. 6.*

& in dubio ad intentionem agentis recurri debeat,

Schurff. *Consil. 312. n. 12. cent. 3.*

Einfolglich dahero 12.) mit nichten geschloßen / und mit Bestand 15.
erzwungen werden kan / daß er dardurch sein Recht vernachtheiliget / und desselben sich begeben wollen / renunciatio enim ex actu etiam proximo haud elicitur, quando de eâ expresse non constat,

cap. sanè. 7. ibiq; Gloss. X. de renunc.

imò quando alia conjectura, ut hoc loco, capi potest, illa potius quàm conjectura renunciationis accipienda,

Cephal. *Cons. 25. n. 50. vol. 1.*

cùm error potius & oscitatio quàm renunciatio præsumi debeat, ut benè

Richter. *Cons. 105. n. 11. vol. 2.*

Klock. *Cons. 114. n. 239. & seqq. vol. 3.*

est

eſt ſiquidem hæc ſpecies donationis ac dilapidationis,

L. contra. 28. §. 2. de pact.
L. fuit quæſtionis. 24. de A. vel. O. Hered.

nemo autem donare ſuumque jactare velle præſumitur,

L. cùm de indebito. 25. de cond. indeb.

16. Bevorab da 3.) conniventia & patientia keinen Verfang nach ſich ziehet / weniger voluntatem, mandatum & conſenſum induciret/ quando agitur de magno præjudicio, ut notant

Bartol. *in L. quæ dotis. n. 20. ſolut. matrim.*
Alexander Tartangus *Conſ. 113. n. 9. vol. 4.*
Socin. Sen. *Conſ. 61. n. 6. verſ. ſed in his. vol. 3.*

adeò ut ſi actus partim oneri, partim commodo cedat, ex patientiâ, tolerantiâ, ſcientiâ & admiſſione nequaquam voluntas & aſſenſus inferatur,

Alex. *Conſ. 152. n. 9. vol. 7.*

conſtat autem cauſas feudales ſemper magni eſſe præjudicii & pro gravibus reputari,

Roſenthal. *de feud. cap. 1. concl. 17. & ſeqq.*

17. Weßwegen 4.) aus mehrerwehnter Participation keines Weges conceſſio & dimiſſio poſſeſſionis, ſondern vielmehr dieſes zu ſchlüſſen / daß Sempronius Mevii Sohn und Mutter bloßerding ex familiaritate & amicitiâ in dem angefallenen Lehens-Antheil aufnehmen / und darauf den Lebens-Unterhalt zu erheben verſtatten wollen / ſicut enim naturalis familiaritas ex conſanguinitate, & quidem tàm arcta & propinqua, qualis eſt inter dictas perſonas, evidentiſſimè probatur

Maſcard. *de Probat. vol. 2. concl. 756. n. 8.*

ita etiam ex eadem, quicquid in re Sempronii factum, cenſetur admiſſum, adeò ut potius jure familiaritatis, quàm proprio conſanguineus uſus cenſeatur,

Surdus

Surdus *Decis. 177. n. 3.*
Klock. *Cons. 29. n. 561. tom. 1.*

præprimis, quando possessor sive percipiens nullo titulo est munitus, nihilque excogitari potest, quod ei ad colerandum jus aliquod prodesse potest,

Nevizan. *Cons. 80. n. 21.*

imò verò, quando aperta legum adminicula & sustentacula eidem contrariantur,

L. avunculo. 6. C. comm. de success.

Auch deme zu Folge 5.) Sempronio, so solches verstattet / so 18.
wenig hierdurch etwas an seinem Recht abgegangen / als wenig Mevii Sohn einiger Vortheil / Recht oder Besitz zugewachsen; Qui enim patitur alterum jure familiaritatis actum in re suâ gerere, nullum exinde sentit incommodum jurisque sui detrimentum,

Klock. *Cons. 29. n. 565. vol. 1.*

cùm ea, quæ ex urbanitate fiunt, quantocunque tempore duraverint, non tamen præjudicent permittenti,

Peregrin. *vol. 3. Cons. 4. n. 9.*

neque in petitorio neque in possessorio,

Molinæus *ad Consuet. Paris. §. 1. Gloss. 4. n. 14.*

& viceversa agenti & percipienti nullum exinde jus atque possessio ne naturalis quidem acquiratur,

L. qui jure familiaritatis. 41. de A. vel A. P.

cùm familiaritatis jure possidens non sibi sed alteri, cujus familiaritate utitur, possidere censeatur,

Pistor. *de manut. obs. 54. n. 14.*
Bertazoll. *Cons. Civil. 21. n. 65.*
Klock. *Cons. 21. n. 97. & seqq. tom. 1.*

unde quamvis aliàs ex fructuum perceptione præsumi soleat possessio,

 L. li-

L. litibus. 20. C. de agric. & cens.

cessat tamen illa præsumptio, quando jure familiaritatis percepti, & quidem ab eo, qui nullo titulo, nullovè jure est munitus,

Brunnemann. *Comment. in d. L. 41. de acquir. vel. am. poss.*
Decius. *Cons. 440. n. 4. & seqq.*

cùm duo unam eandemque rem in solidum ne quidem diverso possessionis genere possidere valeant,

L. possidere. 3. §. 5. de A. vel A. P.
L. si ut certo loco. 5. §. ult. Commod.

Atque hinc eleganter & pertinenter concludunt Interpretes, quòd si feudum aut castrum ad primogenitum pertineat, & alii fratres longo tempore Officiales constituerint & jurisdictionem exercuerint, non tamen postea fratres ultrageniti possessionem sese exinde acquisivisse allegare possint, quia frater primogenitus id toleraverit jure fraternitatis & familiaritatis,

Klock. *Cons. 29. n. 562. tom. 1.*
Gratian. *discept. forens. tom. 3. cap. 450. n. 6.*

19. Besonders wann 6.) in facto sich befinden sollte / daß Mevii Sohn die Gütter zur Helfft eine geringere Zeit als dreyßig Jahr besessen / cùm compertum sit in bonis feudalibus nullam aliam quàm longissimi temporis præscriptionem seu 30. annorum admitti,

2. feud. 26. §. si quis.

20. Auch 7.) innerhalb solcher Zeit zumal in bonâ fide nicht gewesen / indeme er wohl gewust oder doch ex consilio peritorum wissen können und sollen / daß er an solchem Sempronio allein zugefallenen Lehens-Antheil keinen Rechtlichen Anspruch haben können / cùm in materiâ præscriptionis semper Jus Canonicum sequamur, idque etiam in Camerâ Imperiali observari cum Gailio & Mynsing. observat

Ludwell. *Syn. feud. cap. 8. pag. m. 214.*

Neque aliud in feudis usu receptum esse testis est

Struvius *Synt. feud. cap. 8. aph. ult. n. 3.*

Ja

Ja wann gleich 8.) dieses alles nicht entgegen stehen könnte / wür- 21.
de nichts desto weniger Sempronii Söhnen der Weg sothanes Lehens-Antheil wiederum einzuklagen offen stehen / indeme zu Recht versehen / quòd in feudis ex pacto & providentia filii non hereditario sed proprio jure succedant,

Socinus *Conf. 73. n. 1.*

cùm filius non veniat ex successione patris, sed jure investituræ antiquæ & ex provisione primi acquirentis,

1. feud. 14. ibi: per investituram.

& propterea renunciatio, etiamsi expressa fuisset, tamen filio in feudis obesse non possit,

Pinellus *in L. 1. C. de bon. matern.*

Curtius *Conf. 1. in princ.*

deficiente siquidem qualitate hereditaria & repræsentativâ, deficit etiam præstatio facti à defuncto gesti & impositi,

Brunnemann *ad L. 14. C. de R. V.*

Ohnangesehen daß 9.) und zum Beschluß vorangeführten Struvii 22.
und anderer Meynung nach ein Sohn wegen deren von dem Vatter erhaltenen Lehen-Güttern gehalten seye alles das jenige / was er dißfalls vorgenommen und darüber disponiret / obgleich solches in eine sonst verbottene Alienation ausgeschlagen / zu halten und zu beobachten; Massen die Ursach / warum sonsten filius factum paternum in feudis præstiren müsse / einig und allein darinn bestehet / weil der Vatter aus tringender Nothdurfft mit andern contrahiren / Geld aufnehmen / und in Mangel anderer Gütter auch Lehenbahre Stücke dißfalls zur Versicherung einstellen müssen / welche Schulden / weil der Sohn immediatè & per patrem das Lehen empfängt / seine Ehr und guten Nahmen retten muß / auch ihme kindliche und natürliche Pietät und Reverenz schuldig ist / derselbe billig abzutragen / und die Creditores zu befriedigen gehalten ist / allermassen solches einig und allein der Zweck ist textus illius vulgati & notabilis in

2. feud. 45.

Sothane

Sothane Ursach aber läst sich mit nichten ad alienationem tanquam factum per se illicitum & provisioni primi acquirentis repugnans ziehen / gestalten so wohl domini conferentis als auch primi vasalli Meynung und Zweck gewesen / allen und jeden Nachstammenden durch die erhaltene Investitur ein beständiges und unabtringliches Recht zu ertheilen und zuwegen zu bringen / so daß selbiges durch einen oder andern Vasall mit nicht gemindert und geschmälert / und zum Nachtheil der Lehens-Successorum gar entzogen werden könne / sondern vielmehr einem Jeden frey bleibe das jenige / was alienando verbracht worden / wiederum einzuklagen und zu revociren; wie mit bewährten Gründen etiam in feudo novo erweiset und darthut

Finckelthaus. *disp. feud. 10. th. 3.*

23. Zumal da à contractu tanquam re licitâ ad delictum ceu illicitum auch kein Rechtlicher Schluß gemacht und formiret werden kan / cùm hæc duo in substantiâ differant, nullamve inter se connexitatem habeant,

Finckelthaus. *dict. loc.*

24. Anitzo des höchstgefährlichen / und sowohl zu Stürtzung einer gantzer vornehmen Familie, als auch sonderlich der Kinder und Lehens-Successoren / die aller Lehens-Intraden und dahero geniesender Alimentation, besonders in Ermangelung anderer Allodial-Gütter / gäntzlich dardurch defraudiret und entsetzet wurden / gereichenden Ruins und Verderbnüs zugeschweigen / cùm tamen favor conservandarum familiarum maximus esse, & parentes potiùs liberis providere quàm alienando ipsis naturalem victum subducere debeant, naturali quippe ratione etiam bona Parentum liberis addicentur & conserventur,

L. cum naturalis. 7. princ. de bon. damn.

dominioque eorum etiam vivis parentibus ad eos pertinente & spectante, elogio JCti in

L. in suis. 11. de lib. & posth. hered instit.

Und

Und thut nichts zur Sachen / quòd Pater delinquendo etiam libe- 25.
ris ad amissionem feudi nocere possit, uti patet ex

2. feud. 31.

Massen solches ad exemplum Criminis Majestatis in delictis totalem stemmatis alicujus inhabilitatem & inde provenientem caducitatem inferentibus einig und allein statt findet / massen dardurch fidelitas tanquam feudi substantiale requisitum allerdings & in toto geschwächet und aufgehoben wird / und dahero das Lehen ferner zumal nicht bestehen kan. Eine andere Bewandtnus aber hat es mit andern factis illicitis, veluti alienatione, als welche dergleichen Inhabilität nicht nach sich ziehen / ein gantz Geschlecht keines Weges deturpiren noch auch das Wesen des Lehens selbst aufheben und verweisen / wie gründlich darthut

Finckelthaus. *citat. loc.*

Als ist anders nicht zu schlüßen als daß Sempronii Söhne die von Mevii Sohn bißhero genoßene Helfft des Lehen-Antheils wiederum avociren und einklagen können / dieser auch solche unwegerlich wiederum abzutretten und selbigen zuzustellen von Rechts wegen gehalten seye.

CONSILIUM seu RESPONSUM XXXI.

An Jus primogeniturae à Comite per Testamentum & Codicillos noviter introductum pro valido reputetur.

Ob das von einem Reichs Grafen vermittelst einer Testamentarischen Verordnung und Codicillen neueingeführte Recht der Erstgeburt vor gültig zu achten?

SUMMARIA.

1. *Dispositio conservationem familiarum respiciens pro favorabili habetur, adeò ut etiam prohibitio alienationis eâ de causâ facta subsistat.*
2. *Jus primogenituræ non Divino solùm sed etiam Naturali ac Gentium jure radicatum est.*
3. *Utilitas magis publica quam privatorum commoda respicienda.*
4. *Primogenitus excluso Fratre succedens in conscientiâ tutus est.*
5. *Geminatione dum ulterior repetitio enixam voluntatem arguit, ac vim juratæ voluntatis habet.*
6. *Imperatoris consensu Princeps & Comes in Feudis etiam in præjudicium Vocatorum primogenituram introducere potest.*
7. *Idq; multò magis in Feudo novo obtinet.*
8. *Liberi Bona allodialia & feudalia simul retinere & paternam dispositionem ex asse servare tenentur.*
9. *Aditio hereditatis inde colligitur, quando liberi post mortem Patris Bona hereditaria occupant.*
10. *Primogenitura quidem ab initio, quando feudum datur & accipitur, haud vero ex postfacto à solo vasallo introduci potest.*
11. *Vasallo ab Investiturâ recedere integrum non est.*
12. *Hæcq; Speciem alicujus contractus sive actus obligatorii sapit.*
13. *In Feudo novo Primogenitura nonnisi*

nonnisi cum consensu Domini introduci potest.

14. *Testator dispositionem circa Primogenituram liberis jam natis faciens eorum consensum adhibere debet.*

15. *Tam jure communi quàm Feudorum omnes filii æqualiter ad successionem admittuntur.*

16. *Quando omnes successores Primogenituram non renovant sed juri suo quæsito inhærent, tanto minus roboris eidem tribui potest.*

17. *Reservatio jura acquisita conservat.*

18. *Facto haud obligatorio contravenire licitum est.*

19. *Juris primogenituræ Introductio statuum provincialium consensum efflagitat.*

20. *Primogenituræ confirmatio ab ipso disponente impetrari debet.*

21. *Ordo succedendi communis Primogenituram minus congruè inductam excludit, nec condominium Territorii secundogenito auferri potest.*

22. *Ea, quæ ex accidenti contingere solent, haudquaquam sunt inspicienda.*

23. *Observantia in quâlibet re spectari debet.*

24. *Feuda Regalia licet secundum Jus commune Longobardicum dividi nequeant, ad Jus tamen primogenituræ inde inferri nequit.*

25. *Utilitatis publicæ intuitu jus quæsitum nemini auferri debet.*

26. *Testamentum super Feudis valide condi nequit.*

27. *Quod domini directi provisio uni vel paucis per propinquitatis sexus vel ætatis prærogativam destinavit, privata parentis vel cognati affectione mutari non debet.*

28. *Struvii assertum, quasi Domini nil intersit, si Vasallus de novo testetur, feudo refutatur.*

29. *Liberi dispositionem paternam in ipsorum præjudicium tendentem ratam habere haud tenentur.*

SPECIES

SPECIES FACTI.

Es hat der hochgebohrne Graf und Herr Philipp Graf zu S. L. und S. den 3.ten Febr. Anno 1668. eine Testamentliche Verordnung aufgerichtet / und Krafft deren nicht allein seine beyde Herrn Söhne / sondern auch fünff Fräulein Töchter also und dergestalt bedacht / daß er diese theils in einem gewissen Capital, theils auch in deme von der S. Ritter- und Landschafft abzutragen habenden Braut-Schatz / um beydes zum völligen Abtrag anzunehmen / und dadurch sich alles Anspruchs zu begeben / instituiret / bey jenen aber diese Versehung gethan / daß nach seinem künfftig-erfolgenden Hintritt seine Graf- und Herrschafften Herrn Friederich Christian / als dem ältesten Sohn zu fallen / und er solcher Gestalt der Regierung weniger nicht allein vorstehen / als auch beydes unter ihnen und deren Nachkommenen das Recht der Erst-Geburt allezeit statt haben und in Acht genommen werden / Herr Philipp Ernst aber / als zweyter Sohn mit dem Herrschafftlichen Hauß A. und dessen Pertinentiis, einem Gut Nahmens U. einem Capital à 3150. Reichs-Thaler / so die Gräflichen L. Cammer zahlen solle / ferner einem andern à 1500. Reichs-Thaler so der Gräfl. S. Cammer zu vergnügen / nicht weniger auch eine silberne Tafel anzuschaffen / und das Hauß A. zu meubliren angewiesen / als Bonis appanagiatis sich begnügen lassen solle / allermassen dann hochgedachter Herr Testator um seinen ernstl. Willen und Meynung zu bezeigen / nachgehends annoch zwey Codicillos, den ersten den 19.ten Febr. Anno 1672. den andern aber den 8.ten April. Anno 1681. verfertigen lassen / und darinnen vorgedachtes unter den Söhnen gestifftetes Jus primogenituræ, wie auch die dem ältesten beschiedene Regierung wiederholet und bestättiget / auch zu deren besseren Behuff ersagte 1500. Reichs-Thaler dem zweyten Herrn Sohn wiederumb abgezogen / und dem ältesten zugeleget. Entstehet demnach hieraus diese Frage / ob das von mehr hocherwehntem Herrn Testatore unter den Söhnen per Testamentum & Codicillos aufgerich-

gerichtete und bestärckte Jus Primogenituræ, so dann die dem ältesten Herrn Sohn beschiedene Regierung kräfftig / und an Seiten des zweyten Herrn Sohns verbündlich seye / er auch mit dem ihme angeschafften Apanagio allerdings sich begnügen lassen müsse?

RATIONES DUBITANDI.

Wiewohl nun 1.) der Herr Testator hierbey eine höchstlöbliche und mit vielen nachtrücklichen Gründen unterstützte Intention verspühren lassen / indem er im Testament angeführet / es seyen seine Land und Leute nicht weit begriffen / die Regierung erfordere seiner eigenen Erfahrung nach grosse Kosten / die Söhne würden bey erfolgender gleicher Theilung sich selbst verderben / es seye bekannt / daß bey nah in allen Häuser Teutschlandes die Primogenitur eingeführet worden seye / und habe Er die S. Landen selbst erworben / und mit L. vereiniget / einfolglich würden seine Posteri die von ihme verfügte Verordnungen desto mehr in acht nehmen / intentio autem principalis summoperè observanda & respicienda; 1.

Besold. *conf. 158. n. 24. part. 4.*

præprimis quando causarum sive momentorum pondere & pluralitate est munita, cùm in rationibus viscera cujusque rei resideant;

can. 7. dist. 8.
L. cùm oratio. 7. de bon. damn.

Neque dubitandum, quin dispositio conservationem familiarum respiciens & divisionem provinciarum cumprimis angustarum excludens maximè favorabilis sit & rationabilis, splendor siquidem familiarum fulcrum & sustentaculum est rerum publicarum,

L. super. 9. C. de quæst.
A. B. tit. 13. ibi: quorum præsidio dextra Imperialis gubernatur.

eâque de causâ etiam prohibitio alienationis alioquin invalida subsistat, quando nimirum in gratiam familiæ facta;

L. filiusfamiliâs. 114. §. 14. de Legat. 1.
L. pater. 38. §. 4. in fin. de Legat. 3.

Similiter etiam res divisa potentiam ac dignitatem minuat, quia etiam non rarò interitum procurare soleat;

Sixtin. *Cons. Marp. 11. n. 21. & seq. vol. 3.*

Unde etiam, ut Ecclesia tàm in magnis quàm in minimis membris firmatam habeat unitatem, divisionem præbendarum aut dignitatum permutationem fieri prorsus prohibuit Pontifex in

cap. majoribus. 8. X. de præb. & dignit.

2. In mehrerer Erwegung / daß auch 2.) sothanes Jus Primogenituræ so wohl dem Göttlichen und Natürlichen als auch aller Völcker Rechten gemäß ist / und dahero dessen Einführung mehr zu behaupten und zu befördern / als zu behindern /

Tiraquell. *tract. de Jur. primog. quæst. 4.*

Naturæ enim jus exigit & gentium consuetudo confirmat, ut maximus natu ex filiis mortuo regi succedat, inquit

Patritius *lib. 9. de regn. cap. 22.*

Obgleich solches zum Nachtheil der jenigen / so dem Erstgebohrnen folgen / gereichet /

Klock. *tom. 1. cons. 7. n. 826.*

3. Immassen 3.) hierbey nicht auf die jenigen / so hierunter leyden / sondern vielmehr auf das hieraus entspringende gemeine Beste ein Absehen zu nehmen / magis siquidem utilitatis publicæ, quàm eorum, qui commodis atque utilitatibus suis velificari intendunt, habenda ratio,

L. unic. §. 1. C. de off. Com. Sacr. largit.

cùm illius tantus sit favor, ut etiam nonnunquam possessori res auferri possit;

Dyn.

Dyn. *in cap. sine culpâ. de R. J. in 6to.*

Dannenhero obgleich sonsten 4.) unter den Gebrüdern eine Gleich- 4.
heit zu halten / und das jenige / was der Vatter verlassen / in eine gleich-
mäßige Theilung zu bringen /

arg. *L. pen. in f. C. comm. divid.*
L. inter. 26. C. fam. hercisc.
Nov. 22. cap. ult.

In solchem Absehen auch einige die Primogenitur als unbillig / und welche mit gutem Gewissen nicht in acht genommen werden könnte / angeben /

Cynus *in L. Barbarius. 3. de off. præt.*
Alex. Tartang. *lib. 1. consi. 128. n. 3.*
Aretin. *cons. 164.*

Dannoch solches in Ansehung des vielfältigen hieraus entspringenden nachtrücklichen und gemeinen Nutzens zumal nicht beobachtet / noch daraus einige Unbilligkeit mit Bestand erhärtet werden kan /

Tiraquell. *d. loc. q. 4.*

und deswegen auch andere vornehme Rechts-Gelährte nicht ohne Grund dafür halten / quod primogenitus excluso fratre succedens tutus sit in conscientiâ, wie wohl bemercket

Vincentius Carocius *decis. 111. n. 5.*

Wobey auch sonderlich 5.) zu bemercken / daß der Herr Testator 5.
die Primogenitur nicht allein in dem ersten Codicill, sondern auch in
dem zweyten / und zwar in diesem mit folgenden nachtrücklichen Worthen: Er habe betrachtet / wie sich seiter dem die Zeiten mercklich geändert / und er gleichfalls die Primogenitur bey seinem Hauß / als worauf dessen Conservation guten Theils beruhet / fest gestellt und stabiliret gehalten haben wollte / daher er billich seine Gedancken darauf geleget / seines ältesten Sohns Liebd. etwas reichlicher zu bedencken / wiederum kräfftiglich bestärcket habe / geminatio autem, nedum ergò ulterior repetitio enixam voluntatem arguit, plenæque confirma-

 confirma-

firmationis robur obtinet;

Decius *lib. 2. Cons. 86.*

in tantum, ut etiam vim juratæ voluntatis habeat,

Cravett. *Cons. 151. n. 31. & Cons. 160. n. 6.*

6. Nicht weniger 6.) Ihro Kayserl. Majestät alle diese Verordnungen allergnädigst confirmiret und genehm gehalten / certi autem juris est, Imperatoris consensu & authoritate posse Principem & Comitem in feudis etiam in præjudicium vocatorum primogenituram introducere, ut cum citatis tradit,

Klock. *dict. Cons. 7. n. 827. tom. 1.*

& latius persequitur

Besold. *part. 1. Cons. 148. n. 20.*

7. Ferner auch 7.) allhier de feudo novo, von welchem der Vatter nach Belieben auch ohne des Lehen-Herrn Consens wohl zu disponiren befugt / gehandelt wird / uti statuit & plures commemorat

Struv. *Synt. feud. cap. 9. aph. 12. n. 4. fin.*

8. Uber das 8.) in den Lehen-Rechten klar versehen / quod liberi Bona allodialia & feudalia simul retinere, & proinde paternam dispositionem ex asse servare teneantur;

2. Feud. 45.

quantumvis enim primo acquirenti succedant mediante tamen Patre admittuntur, & proinde etiam factum ejus præstare debeat;

L. cum à matre. 14. C. de R. V.

9. Und weil 9.) die beyde Herrn Söhne nach des Herrn Vattern erfolgten tödtlichen Hintritt die ihnen auf verschiedene Art und Weise assignirte Graf- und Herrschafften würcklich angetretten haben und besitzen / so ist destoweniger Zweiffel / daß dadurch das Testament nebst denen darauf erfolgten Codicillen allerdings approbiret und genehm gehalten worden / und dahero allen darinnen beschehenen Verordnungen unwegerlich nachgelebet werden müsse / aditio enim hereditatis inde

inde colligitur, quando liberi post mortem patris bona hereditaria occupant, administrant, omnesque inde reditus percipiunt;

Carpzov. *J. For. p. 3. const. 14. def. 21.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

Aldieweil jedoch 1.) bey gegenwärtigem Fall die Primogenitur nicht 10. gleich Anfangs / als der Herr Testator mit der Grafschafft S. von dem Hochfürstl. Hauß H. C. belehnet worden / angeführet / sondern nachgehends allererst Krafft der von ihme aufgerichteten Verordnungen gestifftet / und anbey die Regierung dem ältern Herrn Sohn allein aufgetragen werden wollen / ita autem comparatum est cum primogeniturâ, ut ab initio quidem, quando feudum datur & accipitur, nequaquam verò ex postfacto à solo vasallo introduci possit;

Betsius *de pact. fam. illustr. cap. 9. vers. & hanc opinionem. pag. m. 503.*

Bechmann. *ad A. B. Exerc. 4. n. 56.*

cùm multa statim in initio fieri possint, quæ deinceps & ex postfacto fieri impediantur;

princ. Inst. de nupt.

Allermassen 2.) einem Vasallo, die von dem Lehen-Herrn einmahl 11. ertheilte und eingerichtete Investitur ohne dessen Vorbewust und Belieben zu ändern / und davon abzugehen / zumal nicht erlaubet;

Bets. *dict. loc. pag. 506.*

Uti enim investitura est basis & fundamentum omnium feudorum, inque eam omnis eorum status dirigitur;

Zas. *Epit. feud. p. 8. n. 49.*

Ita etiam Vasallo integrum non est, contra ejus formam ac teno-

rem quicquam facere, ab eaque recedere;

Klock. *cons. 47. n. 175. tom. 2.*

12. Und solches 3.) um so viel mehr / weil auch die Investitur speciem alicujus contractus sive actus obligatorii nach sich führet /

Vultej. *de feud. cap. 7. n. 7.*

Struv. *Synt. feud. cap. 8. aph. 2. & 3.*

â contractu autem alterâ parte invitâ recedi non posse, plus quàm manifestum sit;

L. sicut. 5. C. de O. & A.

13. Dannenhero 4.) da allhier an Seiten des Herrn Testatoris ein neu Lehen erworben und empfangen worden / die Primogenitur nothwendig mit des Lehen-Herrns Consens gestifftet und eingeführet werden müssen / in feudo siquidem novo primogenituram nonnisi cum consensu domini introduci posse, in terminis tradit

Bets. *dict. loc. pag. 504.*

14. Und da 5.) nicht allein dieser / sondern noch überdas der beyden Herrn Söhnen Consens hierbey ermangelt und übergangen worden / sothane eingeführte Primogenitur um soviel weniger bestehen kan / cùm enim Dominus Testator dispositiones suas fecerit liberis jam natis, utique eorum consensum simul adhibere debuit;

Limnæus *lib. 4. P. cap. 8. n. 121.*

15. Gestalt 6.) nicht genung ist der Erstgebohrne zu seyn / sondern es muß auch nachtrücklich erwiesen werden / daß in dem Lehen / davon die Frage ist / niemand anders / als der Erstgebohrne mit Recht succediren könne / und die übrige sich ihres Rechts begeben hätten / wie wohl anführet

Bets. *cit. loc. pag. 506.*

cùm regula sit in contrarium, ut non saltem de Jure communi, verum etiam jure feudorum omnes filii æqualiter ad successionem admittantur, ut pulchrâ ratione firmat

Bets. *ibid.*

Weni-

Weniger hat 7.) nach des Herrn Testatoris Tod der zweyte Herr 16.
Sohn sothane Primogenitur beliebet / und das jenige / was ihme pro Apanagio assigniret / bloßerdings angenommen / sondern vielmehr das ihme zukommende und einmal erlangte Recht in allen Stücken sich behöriger massen reserviret / quando autem omnes successores primogenituram non renovant, sed potius juri suo quæsito inhærent, illudque reservant, tantò minus aliquid roboris sive efficaciæ eidem tribui potest;

Limnæus *alleg. loc.*

Und stehet demnach 8.) selbigem jederzeit frey / solches durch be- 17.
hörige Rechts-Mittel zu verfolgen und ausfündig zu machen / reservatio enim ut jura acquisita conservat;

cap. indemnitatibus. 43. in fin. de Elect. in 6to.

ita etiam liberum relinquit ea quovis tempore ac loco deducendi ac legitimè prosequendi;

Menoch. *recup. possess. remed. 15. n. 444.*

Bevorab da 9.) bekandt / daß das jenige / was ohnedem verfäng- 18.
lich ist / und Rechtlicher Gebühr nach nicht verordnet worden / allezeit widersprochen und umgestossen werden könne / licitum siquidem est, facto haud obligatorio & nequaquam subsistenti contravenire, & contra illud legitimâ juris viâ uti;

Wesenb. *Consf. 52. n. 14. lib. 2.*

Rauchbar. *part. 1. quæst. 45. n. 17.*

Wozu 10.) kommt / daß auch offtgemeldte Primogenitur mit 19.
aller Land-Ständen / so wohl Geist- als Weltlichen Belieben in einem offentlichen und allgemeinen Land-Tag keines Weges beliebet und angenommen worden / wie doch solches der üblichen und wohl eingeführten Observanz nach zu geschehen pfleget / wie abermal bestärcket

Limnæ. *cit. loc.*

Und weil 11.) Ihro Käys. Majestät Consens und Authorität nicht 20.
von dem Testatore selbsten / sondern allererst nach dessen Hintritt allein

von

von dem ältesten Herrn Sohn requiriret und eingeholet worden / so wird dem zweyten Herrn Sohn sein Recht destomehr beybehalten werden / ut enim primogenitura subsistat, necesse est, ut ab ipso disponente, non verò post ejus obitum confirmatio impetrata & obtenta fuerit;

Sand. *Comment. in Consu. feud. Gel. tit. 2. c. 2. n. 7.*
Roland. à Vall. *Cons. 2. n. 146. libr. 1.*
Menoch. *Cons. 89. n. 75. vol. 1. & Cons. 161. n. 53.*

21. Welchem allem dann 12.) zu Folge die dem ältern Herrn Sohn allein beschiedene Regierung eben wenig bestehen kan / sicut enim ordo succedendi communis primogenituram minus congruè inductam excludit, ita etiam nullatenus permittit, ut condominium territorii fratri secundogenito auferri possit;

Frommann. *de Condominio territ. cap. 3. n. 1. & cap. 4. n. 21.*

22. Angesehen 13.) auf die etwa aus der gesambten Regierung entspringende viele unausbleibliche Inconvenientien zumal nicht zu sehen / sondern vielmehr darauf / daß auf eines regierenden Herrn Sohne die Herrschafft und Regierung pro partibus æqualibus & indivisis nach dessen tödtlichen Hintritt falle;

Fromman. *cit. loc. cap. 7. n. 11.*

cùm non ea, quæ ex accidenti contingere solent, sed illa potius, quæ per se ex suis proveniunt causis, inspicienda;

Carpzov. *part. 1. prax. Crim. q. 1. n. 64.*

23. Zumal da 14.) die tägliche Erfahrung bezeuget / wie in vielen Fürstl. und Gräflichen Häußern dergleichen Sambt Regierung observiret / und unter denen Brüdern / ohnerachtet deren viel sind / gleich getheilet werde / ab observantiâ autem cujuslibet rei ac negotii normam metimur;

Decius *Cons. 4. n. 2.*

cùm omne tollat dubium, & maximè faciat ad arguendum id ita & in præteritum fuisse, & præterea etiam in futurum servandum esse;

Goedd.

Gœdd. *Conſ. Marp. 32. n. 64. vol. 3.*

Weswegen ob auch gleich ſonſten die Feuda Regalia ſecundum Jus commune Longobardicum nicht vertheilet werden können / 24.

Ludwell. *Synopſ. feudal. cap. 9. pag. m. 228.*

Klock. *conſ. 7. n. 714. & conſ. 17. n. 79.*

dannoch hieraus ad Jus Primogenituræ itemque Dominium Territorii uni ſaltem deferendum zumal nicht geſchloſſen werden kan / wie wohl und gründlich erweiſet

Betſ. *d. tr. cap. 9. pag. 543.* ubi ita loquitur: *Cùm enim ad omnes filios dignitatis titulus ſpectet æqualis dignitas æqualem quoq; efflagitat partitionem.*

25. Und findet ſich dahero aus allen dieſen Umſtänden und Gründen von ſelbſten / wie wenig auf das jenige / was anfänglich de Primogeniturâ angeführet worden / eine Rechtliche Abſicht genommen werden könne / ſondern zugleich des Lehn-Herrns und der ſämbtlichen Intereſſenten Conſens hierbey erfordert werde / wie abermal nachtrücklich erinnert

Betſ. *d. l. p. 530.*

cùm ſub publicæ utilitatis prætextu juris quæſiti vigor nemini auferri poſſit ac debeat, neque conveniens ſit, iſthæc unum ditare alterum verò ad inopiam deducere valeat;

Tabor Barboſ. *locupl. lib. 19. cap. 48. axiom. 4.*

26. Noch weniger aber erſcheinet an dieſen ſämtlich vorgeſetzten Momenten einiger Mangel / wann in Rechtliche Erwegung gezogen wird / daß gleichwie insgemein keine Verordnung und letzter Wille über das jenige / was zu Lehen getragen wird / gelte /

1. Feud. 8. pr. ubi Biccius *in Comment.*

Obgleich ſelbiges in Land und Leuten oder einer gantzen Herrſchafft beſtehe;

Klock. *conſ. 7. n. 941. tom. 1.*

Also auch sonderlich ein Lehmann von einem neu-erworbenen Lehen / wie das S. ist / keines Weges testiren könne / es seye dann solches mit austrücklicher Bewilligung des Lehen-Herrns geschehen / wie solches in terminis behaupten und darthun

Schneidewin. *Epit. feud. part. 6. de Success. feud. n. 17.*

Schrader. *de feud. cap. 2. n. 19.*

Hartm. Pistor. *lib. 2. quæst. 4. n. 87.*

Und daß solche Meynung fast communis und von allen sustiniret werde / bestärcket

Betſ. *d. cap. 9. pag. 504.*

Jngleichem auch auf den Fall / wann der Vatter allein unter den Kindern disponiret / cum citatis ziehet

Gothofr. Anton. *disp. 5. th. 8. lit. E. in fin.*

Und dann das Hochfürstl. Haus H. C. als wovon die halbe Graffschafft S. als Lehen dependiret / hierunter mit nichten requiriret / noch dessen Consens erbetten worden / so erhellet von selbsten / daß sothane dispositio Testamentaria zu Recht nicht bestehen möge;

27. Und zwar 18.) nicht ohne Ursach / quòd enim Domini directi provisio uni vel paucis per propinquitatis sexus vel ætatis prærogativam destinavit, privatâ parentis vel cognati affectione tolli vel mutari non debet, verba sunt elegantia

Friderici à Sande *dict. loc. cap. 1. n. 5.*

28. Dannenhero auch 19.) der von gegenseitigen Lehrern angeführte Grund / quasi Domini nil intersit, si vasallus de novo testetur feudo, wenig zur Sachen thut / wie sonsten dieses Moment zu finden beym

Struvio *Synt. feud. cap. 9. aph. 12. n. 4.*

Jngleichen auch gar nicht anreichig ist / quòd in feudo novo liberis vivente patre jus quæsitum non sit, & propterea huic integrum maneat, id ipsum testamentoriis præripere, massen genung ist / daß solches ex Provisione ac Investitura Domini denen Kindern zukomme/

und

und dahero anderst nicht als mit dessen Einwilligung ihnen wiederum entzogen werden könne.

arg. *L. nihil tàm naturale. 35. de R. J.*

Anjetzo nicht zu gedencken / daß auch liberis jus in spe erworben und zugewachsen seye / so ihnen ebenmäßig nicht abgeschnitten werden könne / wie vollkommen erweiset

Betſ. *d. tr. pag. 511.*

Gleichen Schlags ist auch 20.) und Letztens / quod filius hereditatem & feudum simul retinere,

2. Feud. 45.

& propterea etiam factum patris præstare obstringatur;

L. cùm à matre. 14. C. de R. V.

Gestalt dieses einig und allein ratione æris alieni, quod liberis pro conservandâ famâ & existimatione defuncti solvere incumbat, zu verstehen / zumal aber gar nicht dahin gedeutet werden kan / quasi etiam liberi dispositioni paternæ in ipsorum præjudicium tendenti acquiescere, eamque ratam habere teneantur, uti pulchrè & eruditè deducit

Betſ. *cit. loc. pag. 595.*

Als ist es an deme / daß sothane Vätterliche Verordnung keines Weges bestehen / noch das darinnen dem ältesten Herrn Sohn verschaffte Jus Primogenituræ, wie auch Dominium Territoriale dem zweyten Herrn Sohn zu einem Verfang oder Præjudiz gereichen könne.

CONSILIUM seu RESPONSUM *XXXII.*

DE QVERELA SPOLII EJUSQVE RESTITUTIONE, PRAVITATE USURARIA ET EXSTINCTA SORTE, NEC NON NULLITATE ALIISQUE EXCEPTIONIBUS.

Uber eine Spolien-Klage und dessen Widererstattung übermäßigen Wucher und erloschenen Capital, wie auch von Nullitäten und andern Exceptionen.

SUMMARIA.

1. *Spoliatus etiamsi prædo aut alius injustus Possessor ante omnia restituendus, licet nulla violenta possessionis expulsio intervenerit.*
2. *Immissio quomodo vicissim tollenda? Quilibet in possessione suâ defendendus nec nisi præviâ causæ cognitione & sententiâ Judicis illâ decedere cogi potest.*
3. *Nemo sibi ipsi jus dicere nec authoritate propriâ rem controversam accipere potest.*
4. *Adeò ut nec Creditori hypothecam occupare liceat.*
5. *Possessio semel legitimè quæsita alicui invitò auferri nequit.*
6. *Pendente lite quicquam innovans arbitrariam pœnam sustinet.*
7. *Reo exceptionem non juris sed facti opponente super hâc prius cognoscendum.*
8. *Quando proventus legitimum usurarum modum plus nimio exsuperare prætenditur, Creditor reddendis rationibus fit obnoxius, idq; in fructibus tùm agrorum tùm pratorum & hortorum obtinere latius firmatur.*
9. *Deficiente legitimatione litis ingressus impeditur ejusq; exceptio, licet aliæ omnes sint remotæ*

motæ, haud rejecta reputatur.

10. *Sine actione ad judicium non patet aditus, nec major quàm quæ ex omiſsâ causæ cognitione oritur, nullitas committitur.*

11. *Judicium invalidum nullam executionem meretur?*

12. *Quando excipiens ad superfluam probationem se obtulit & nihilominus fuit condemnatus, nullitatis exceptione est juvandus.*

13. *Suum potius recipere quàm alium jure suo privare censetur, qui finitâ causâ debendi fundum est ingressus.*

14. *Moræ insimulari nequit debitor, quando id non facit, quod Creditoris partibus incumbit. Exceptio præstiti non præstandi paratam executionem impedit.*

15. *Nec non vitium, quòd ex præposteratione oritur, illam inanem reddit.*

16. *Similiter exceptio pravitatis usurariæ executioni obstat, ejusq; enormitas ampliatur.*

17. *Pariter exceptio illiquidi & debiti non amplius existentis executioni obicem ponit.*

18. *Dolo petitur id, quod quis subitò restituere obstringitur, hocq; Brocardicum etiam in puncto spolii locum invenit, cumprimis ubi de jure conventi spoliantis & de non jure agentis ex spolio notoriè constat.*

19. *Cautio est res fragilis nullumq; locum invenit, quando jus petentis non est certum nedum prorsus finitum.*

20. *Frustra ejus restitutio petitur quod nullo jure munitum.*

21. *Ut ex parte dejecti spolium allegari posſit, certa requiritur posſeſsio, improba autem nullum habet juris effectum.*

22. *Judicis interventum in recuperandâ posſeſsione frustra expectat, qui non servato ordine & causâ haudquaquàm cognitâ ad sententiam procesſit.*

23. *Ubi ordo juris turbatur omnia quæ in judicio aguntur, irrita sunt.*

24. *Absque improbâ dejectione Judicium spolii haudquaquam validatur.*

25. *Ad posſeſsionem etiamnum durantem & legitimam rursus finiendam adversarii consensus efflagitatur, neutiquam*

verò ad eam quæ ne umbram quidem possessionis habet.

26. *Quando possessionis continuatio cum magno partis præjudicio conjuncta vel apertè vitiosa est, litis pendentia possessorii nullum præbet patrocinium.*

SPECIES FACTI.

Es hat ein berechneter Diener einem Cavallier seinem Herrn eine gewisse Summ Geldes vorgeliehen / und bey deren nachgebliebener Zahlung / auch anderer Frucht- und Geld-Posten wegen / so er annoch zu liquidiren vermeynet / sich in eine Wiese immittiren lassen / da aber durch den übermäßigen Genoß das Capital sich abgetragen zu haben / mit der vorbehaltenen Liquidation auch an Seiten des Dieners / und nachgehends dessen Erben / biß in das funffzigste Jahr trainiret worden / der Cavallier sothane Wiese wiederum zu sich zu nehmen denen Rechten convenabel zu seyn erachtet / hingegen aber des Dieners Erben dißfalls den Herrn super Spolio in Anspruch zu nehmen sich in Sinn genommen / auch endlich die Sache so weit getrieben / daß gegen denselbigen ein Bescheid de restituendo spolio ergangen / und er forters mit dessen Execution betrohet worden / welche aber zu hintertreiben theils exceptio non amplius existentis debiti, theils auch exceptio deficientis cautionis in casum succumbentiæ ins Mittel kommen / als entstehet hierob die Frage: Ob der Cavallier mittelst sothaner Exceptionen sich der bevorstehenden Execution entladen / und die vor sich allein bewerckstelligte Einnehmung der Wiesen salviren könne?

RATIONES DUBITANDI.

1. ERsten Anblicks will es das Ansehen gewinnen / als wann der Cavallier mit denen vorgeschirmten Exceptionen keines Weges auslangen /

langen / sondern vielmehr die Frage anders nicht als vor die Kläger entlediget werden könne; Allermassen 1.) offenbahren Rechtens / quòd spoliatus ante omnia sit restituendus;

Cap. 7. X. de restit. spoliat.
L. 7. C. ad L. Jul. de vi publ.

etiamsi fuisset prædo aut alius injustus possessor,

cap. 5. X. de restit. spoliat.

nullave violenta possessoris expulsio intervenerit, cùm spolium re ipsâ quoque seu fundi occupatione propriâ authoritate factâ committatur aut justificetur,

Hondedæus *Consil. 17. n. 13. vol. 1.*
Sixtin. *Cons. Marp. 9. n. 14. vol. 3.*
Vivius *Comm. opin. lib. 1. verb. Spoliatus suâ possessione.*

Et licet dominii seu proprietatis exceptio opposita fuerit, ea tamen contra agentem remedio recuperandæ nullum locum invenire possit,

L. 37. de Judic.
Vultej. *Cons. Marp. 21. n. 81.*

Um so mehr da 2.) der Diener ehedeßen in den Besitz der Wiesen durch die Obrigkeit gesetzet / und deren Nutzbarkeiten an statt der jährlichen Zinßen zu genüßen Erlaubnüs erhalten / sicut autem justè possidet, qui authore Prætore possessionem nactus est, 2.

L. 11. de acq. vel amitt. possess.
L. 137. de R. J.

cumprimis quando causæ cognitio adhibita & parte adversâ citatâ & auditâ immissio secuta,

L. 9. C. de Judic.

ita eodem ordine ac modo hæc ipsa vicissim tolli debuit,

arg. *L. 35. de R. J.*

Et cùm jam tum constet, quod quilibet in possessione suâ defen-

di

di debeat, tametsi præsumptio sit contra possidentem,

Capyc. *decis. 189.*
Covarruv. *quæst. 17. n. 6.*
Posthius *de manut. part. 2. decis. 210. n. 1.*

Sanè ante causæ cognitionem & sententiam à judice latam eâdem decederet, haudquaquam cogi potest,

L. 1. C. si per vim.
L. ult. C. de R. V.

3. Woran 3.) destoweniger zu zweiffelen / da bekannt / daß niemand sein eigen Richter zu seyn / und einem andern des einmahl erlangten Gerechtsams zu entsetzen vergönnet werde / mali siquidem exempli res est, sibi ipsi jus dicere & hoc modo partes Judicis affectare,

L. 176. de R. J.
L. unic. C. ne quis in suâ caus. judic.

Eâque de causâ nemo authoritate propriâ rem controversam occupare potest,

L. 13. quod met. caus.

aliàs experturus, ut jure suo cadat, & arbitrariæ pœnæ subjiciatur;

Richter. *Reg. Jur. 10. n. 14. & 16.*

4. Und da 4.) dem Creditori einer Hypothec sich zu bemächtigen zumalen nicht zukombt / ob gleich solches ihme vi pacti zugestanden worden /

L. 3. C. de pignor.

adeò ut quamvis vim non faciat, tamen haudquaquam justè possideat, ceu multis adductis probat

Brunnemann. *Cons. 81. n. 9.*

5. Wieviel weniger wird des Debitoris Besitz für rechtmäßig erachtet werden können / wann derselbe in das dem Creditori zur Sicherheit und Perception

ception gerichtlich eingeraumbte Pfand wider dessen Willen sich zu schwingen resistiret / neque enim possessio semel legitimè quæsita alicui sine voluntate & consensu auferri potest,

L. 8. de acq. vel amitt. possess.

L. 153. de R. J.

& difficilius est jus quæsitum adimere quam quærendum,

L. 6. princ. quæ in fraud. credit.

Klock. *Cons. 123. n. 41. & 42. tom. 3.*

Worzu 6.) und Letztens kombt / daß der Cavallier der Wiesen 6.
sich wiederum angemasset / da er allschon mit des Dieners Erben wegen der von jenen zwar übergebenen aber nicht behöriger Massen justificirten Rechnungen in lite befangen gewesen / pendente autem lite nihil innovandum esse exploratum;

cap. 1. & ult. X. ut lit. pend.

ita ut qui eo tempore quicquam innovavit arbitrariam pœnam sustineat,

Tabor. *Relat. Argent. 90. n. 7.*

Et quòd nemo in possessione suâ turbari vel hâc privari durante lite debeat, decidit

Mevius *part. 1. decis. 186. n. 5.*

RATIONES DECIDENDI

WAnn aber der Sachen Beschaffenheit in genaue Erwegung gezo- 7.
gen wird / so tringen solche Motiven hervor / welche dem Cavallier gegen die wider ihn angestellten Spolien-Klage deren Aburtheilung und darauf gesuchten Execution wol zu statten kommen können. Dieses nun Grundmäßig zu zeigen / so ist wol in Acht zu nehmen / daß erstlich der Cavallier das gantze Fundament der Kläger eben dadurch bestritten und angefochten / indeme er gegen deren Spolien-Klage den übermäßigen Genuß der Wiesen / und die dadurch entwachsene

 völlige

völlige Abtilgung des Haubt-Stuls angeführet / und da solchemnach ungewiß / ob des Dieners Erben mit einer Action versehen gewesen / billig vorhero hierüber behörige Cognition vorgenommen werden sollen / reo siquidem intentionem actoris negante, & hoc modo exceptionem non juris sed facti opponente super hâc exceptione etiam in processu summario prius cognoscendum, ceu benè monet

Brunnemann. *Conf. 92. n. 13.*

Wohin auch merckwürdig zielet / was ins besondere de restitutione spolii ante causæ cognitionem non decernendâ mit nachfolgenden Worten eruditè verzeichnet

Mevius *part. 9. decis. 10. n. 17.*

Hoc JCti generatim, ait, omnes Judices, qui solâ facti veritate judicant, observare dicunt, ut ante omnia restitutio non fiat, sed causa negandi prius discutiatur.

8. Allermeist da 2.) der Cavallier schon so viele Jahre sothane große Ubermaaß der jährlichen Nutzbarkeiten obmoviret / und daß des Glaubigers Erben Rechnung darüber abzulegen angehalten werden mögten / Instanz gethan / ubi enim proventus legitimum usurarum modum plus nimio exsuperare prætenditur, creditorem reddendis rationibus obnoxium fieri in terminis responderunt Lipsienses apud

Carpzov. *part. 2. const. 30. def. 41.*
Add. Berlich. *part. 1. concl. 81. n. 137.*
Hahn. ad Wesenb. *tit. de Pignor. n. 5.*

Quamvis enim hoc nonnulli in fructibus solummodò agrorum haud verò pratorum & hortorum procedere existiment, quibus assensum quoque præbet

Carpzov. *d. l. def. 42.*

aliud tamen facillimè deprehendet, qui perpendit proventus pratorum inter certos & uniformes sive incommutabiles, haudquaquam referri posse, eò quòd eorum eventus tàm ratione quantitatis, quàm

quàm æstimationis mirè variet, & incertus existat, ceu ad experientiam provocat

Lauterbach. *disquis. de Jure Antichres. tt. 46.*

Quam ob causam emolumenta pratorum & hortorum tanquam æquè incerta non aliter sortem extenuare & absorbere solent, quàm si immodicè percepti & nimius in usurarum modo excessus fuerit deprehensus,

Lauterb. *d. l. n. 46. & 47.*

Quando verò talis excessus subesse censeatur, itidem Interpp. non conveniunt, dum hunc demum adesse, quando omnium annorum & proventuum æstimatione factâ is dimidium veri pretii excedit, multis sit persuasum, ceu his quoque applaudit

Mevius *part. 3. decis. 118. in fin.*

Ab eorum tamen opinione, qui hâc in re justum ac legale judicis arbitrium sequendum esse existimant, haudquaquam recedendum, uti huic adstipulantur

Menoch. *de Arb. jud. quæst. lib. 2. cas. 145. n. 2.*
Carpzov. *p. 2. const. 30. def. 41.*
Brunnemann. *ad L. 11. de pignor. n. 6. & 7.*

tùm quod prior sententia nullo textu nullâve ratione suffulta sit, & abinde parum tuta reputanda,

L. 19. C. de Collat.
Nov. 18. cap. 5.

tum quòd quantitas immodici excessus legibus quidem sit exosa,

arg. *L. 12. §. 2. de administr. tutel.*

nullibi tamen determinata reperiatur, & proinde judicis arbitrio committi debeat.

arg. *L. 1. de jur. delib.*

tùm denique quod pravitas usuraria sit odiosa;

Cap. 1. & 3. X. de usur.

& proinde restrictioni magis quàm laxamento subesse debeat,

L. 19. de lib. & posth. hered. instit.

Cap. 15. de R. J. in 6to.

Quid autem judici in determinatione illâ respicere conveniat, pluribus exprimunt;

Lauterbach. *cit. loc. tit. 48.*

Berlich. *p. 3. decis. 317.*

9. Und weil 3.) auf dieser Untersuchung zugleich legitimatio actorum beruhet / ohne diese aber nervus judicii ohnmüglich bestehen kan / so findet sich von selbsten / wie gegen den Cavallier ad restituendum spolium um so weniger zu verfahren gewesen / deficiente siquidem legitimatione litis ingressus prorsus impeditur,

Zanger. *de Except. part. 3. cap. 20. n. 2.*

Covarr. *in cap. possessor. p. 1. princ. n. 4.*

Mevius *part. 1. decis. 203. n. 6.*

adeò ut licet omnes exceptiones remotæ sint, exceptio tamen legitimationis haud rejecta censeatur,

Mevius *part. 1. decis. 203. n. 5.*

10. Ja da 4.) dannoch sine hâc legitimatione & causæ cognitione querela spolii und endlich den 17.ten Jun. im Jahr 1702. darinnen gegen den Cavallier gesprochen worden / so muß totum spolii judicium cum sententia in eo latâ auf eine kundbahre Nullität verfallen / cùm enim sine actione ad judicium non pateat aditus,

L. 6. §. 1. de inoff. testam.

& verò rationibus à Creditore non redditis neque discussis ipse contra debitorem experiri non possit, quin potius huic justa non restituendæ rei præstò sit causa,

Mevius *part. 9. decis. 82. n. 9.*

sanè judicium tali casu nullum reddi in confesso est,

Card. Tusch. *lit. A. concl. 109. n. 6. & 7.*

accedit

accedit, quòd cognitio ad veritatem facti indagandam & convenientem juris applicationem adeò sit necessaria, ut nullâ ratione prætermitti debeat,

L. 9. C. de judic.

Salicet. *in L. 1. C. si adv. donat.*

in tantum ut non major, quàm quæ ex omissâ causæ cognitione oritur, nullitas committatur,

Carpzov. *p. 2. decis. 183. n. 11. & Jurispr. Consist. lib. 30. tit. 10. def. 111. n. 11.*

Bey welchen bemerckſamen Umſtänden dem Cavallier verſchiedene im Rechten gegründete Exceptiones gegen dieſe Sentenz und deren bedrohete Execution nothwendig angedeyhen müßen / und zwar erſtlich Exceptio nullitatis, judicium siquidem invalidum & irritum nullam executionem nullumve effectum meretur, 11.

L. 1. C. de except. rei judic.

Oldendorp. *tract. de Except. nullit. per tot.*

cùm posthabito juris ordine ad hanc nullatenus deveniendum;

L. 58. de Re judic.

præprimis cùm odiosa sit & non rarò cum peccato conjuncta,

L. 53. in princ. C. de Episcop. & Cler.

Zumalen da 6.) der Cavallier vorberichter maſſen parat geweſen darzuthun / es habe ſich das angeliehene Capital ſchon vor längſt abgetragen / quando enim excipiens ad superfluam probationem sese obtulit, & tamen eâ non attentâ condemnatus fuit, nullitatis exceptione vel ipsâ æquitate & justitiâ suadente est juvandus, 12.

L. ult. C. si ex fals. instrum.

L. 1. C. de Except. rei judic.

Bartol. *ad L. 4. §. 6. ff. eod.*

tantò magis quò contra paratissimam executionem locus est exceptioni, quæ liquida vel tamen facilè liquidari potest;

Mevius *part. 6. decis. 250. n. 2.*

13. Und da er 7.) nach so lang vergeblich gethaner Instanz und getragener Gedult hierzu nicht gelangen können/ so kan er einer ohnbilligen und in Rechten verbottenen Invasion im geringsten nicht beschuldiget werden / suum enim potius recipere, quàm alium jure suo privare censetur, qui finitâ causâ debendi fundum est ingressus, ceu in personâ locatoris finitâ locatione fundum suum recipientis decidit

Mevius *part. 7. decis. 159. n. 7.*

14. Und hindert 8.) nicht / wann man einstreuen wollte / es seye der Diener in mehrberührte Wiese nicht nur wegen der baar vorgeliehenen Summ, sondern auch anderer Gelder und Früchten wegen / so er vor den Cavallier gut gemacht / und annoch zu liquidiren parat seyn / immittiret worden / wie der im Jahr 1651. den 15.ten Aug. errichtete Recess offenbahr bezeuget / gestalten da der Diener bey Leb-Zeiten sothane ihme vorbehaltene Liquidation, wie er billig thun sollen / nicht zu Werck gerichtet / noch seine in lauter unbeschienenem Posten bestehende Rechnungen bey einigen hierzu auszubetten gewesenen Commissariis justificiret / der Vorzug nicht dem Cavallier, sondern vielmehr dem Diener und dessen Erben beyzumeßen stehet / moræ siquidem insimulari nequit debitor, quando id non facit, quod creditoris partibus incumbit,

L. 51. de act. empt.

Woher dann nunmehro dem Cavallier die zweyte Exception, nimirum præstiti non præstandi, zuwächst/

L. 13. §. 8. eod.

Wodurch auch paratam executionem behindert zu werden cum Colero bewähret

Mevius *part. 4. decis. 320. n. 7.*

15. Um so mehr da 9.) auch im Jahr 1703. am 9.ten Aug. und 17.ten Septembr. zwey anderwärtige Bescheide ertheilet / und zu ihrer Rechts-Krafft angediehen / Krafft deren der punctus petitæ Restitutionis ausgestellt / des Dieners Erben aber sich in der Haupt-Sache einzulassen/

aufer-

auferleget worden / und nachdeme diese Bescheide nach vorberührtem im Jahr 1702 in puncto Spolii eröffnetem Bescheid ergangen / so hat der Richter selbst dadurch zu verstehen gegeben / ja nachgeben müssen / es habe der Cavallier nicht auf eine unzuläßige und straffbare Weiß sich zu seinen Wiesen wiederum genahet / mithin seye die Sache ordinaria juris viâ, nicht aber per mandatarium restitutorium auszuführen / allermassen dieses als distincta eruditè & pertinenter zu separiren / nicht aber zu confundiren / erinnert

Mevius *part. 3. decis. 249.*

Dannenhero gar nicht convenabel, ja vielmehr einer Præposteration ähnlich / wann gegen den nachgehends beliebten ordinarium procedendi modum dannoch zur Execution des vorhin in puncto Spolii, und zwar sine actione & cognitione ausgesprochenem Bescheids geschritten werden wollte / vitium enim ex præposteratione enascitur, quod obicem executioni ponit,

Mevius *part. 3. decis. 53. n. 7.*

Hancque inanem prorsus & ineptam reddi est necesse, quando norma procedendi electa vitiatur, & in aliam proprio facto jam explosam transfunditur, quin & in hâc ad executionem plenis velis properatur,

arg. *L. 58. de re judic.*
L. 1. C. de Except. rei judic.

Hierauf folget nunmehro 10.) die dritte Exception, nempe usurariæ pravitatis; de hâc siquidem tantò minus dubitandum, quò ex nimiis pratorum proventibus & temporis diuturnitate sortem prorsus consumptam esse luculenter evincitur; 16.

Mevius *part. 5. decis. 15. n. ult.*

Ejusmodi autem exceptionem executioni protinus obstare in terminis terminantibus responderunt

Berlich. *part. 1. concl. 84. n. 56.*
Mevius *part. 3. decis. 319. n. 7.*

cùm

cùm enim jam tum nimius excessus sinistram inducat suspicionem,

Cothmann. *Respons.* 33. *n.* 22. *vol.* 5.

Sanè id summoperè in causâ usurarum odiosâ locum invenit,

cap. 3. *X. de usur.*

adeò ut ultra legitimum usurarum modum quicquam accipere stellionatui simile reputetur,

Mevius *part.* 8. *decis.* 402. *n.* 1.

eâque de causâ etiam contra usuras in dubio sic pronunciandum,

Cardinal. Tusch. *lit. u. concl.* 344. *in fin.*

Manz. *special. jur. commun.* 202. *usurarum ordinum. n.* 25.

Und eben hierdurch entstehet auch 11.) die vierdte Exception, de-
17. biti nempe non amplius existentis, worvon absonderlich angefraget worden. Si enim exceptio illiquidi impedit paratam executionem, ceu cum Jasone, Baldo, Berlichio & Colero consuluit

Brunnemann. *Cons.* 50. *n.* 9.

ejusque rei non obscura elucent vestigia,

ex auth. *& qui jurat. C. de bon. auth. jud. possid.*

multò magis id locum invenire debet, quando nulla amplius certa & indubitata debendi subest causa,

Berlich. *part.* 1. *concl.* 48. *n.* 13.

Carpzov. *Asyl. debit. pos.* 51. *n.* 320. *& seqq.*

cùm etiam non deberi inde satis appareat, quando nullâ prævià liquidatione aut probatione de vestigiis alicujus debiti haud apparet,

Mevius *part.* 8. *decis.* 337.

Ohngehindert das vormahls etwa eine richtige Anforderung die hernachmals erfolgte Immission veranlasset/ nil enim refert, utrum ab initio causa defecerit, an verò ea, quæ adfuit, finita fuerit,

L. 1. *&* 4. *de cond. sin. caus.*

L. 4. *de nautic. fœn.*

Wesenb. *Cons.* 16. *n.* 9. *part.* 1.

Zu

Zu dieser kombt 12.) die fünffte Exception doli mali, dann da kein rechtmäßiger Ausspruch mehr gegen den Cavallier vorhanden / so wäre um so ungeräumter einige Execution ex capite Spolii gegen ihn vorzunehmen / cùm dolo petatur id, quod quis subitò restituere obstringitur, 18.

Cap. 59. de R. J. in 6to.
L. 37. §. ult. ff. eod.
L. 2. §. 3. de dol. mal. & met. except.

Und thut keinen Einhalt / daß die Interpp. in denen Gedancken stehen / es habe sothaner Recht-Satz in Puncto spolii einen mercklichen Abfall / wie solche fusè anführet

Barbos. *locupl. lib. 4. cap. 44. axiom. 17. limit. 2.*

immassen hierauf in gegenwärtigen Terminis von deßwegen nicht zu reflectiren / quia de jure conventi spoliantis & de non jure agentis ex spolio notoriè constat, aut facillimo negotio, subducto calculo, constare potest, uti in terminis demonstrat

Colerus *part. 2. decis. 256. n. 15.*

& ita judicatum esse ex Paulo Æmilio Vorall. refert

Greveus *concl. pract. ad Gail. lib. 2. concl. 76. n. 3.*

Was aber 13.) und Letztens exceptionem deficientis cautionis in casum succumbentiæ anreicht / so wird füglicher davon abstrahiret / weil bey erloschenem Capital, und offenbarer Nullität der ex capite Spolii gefällten Sentenz der Cavallier die Execution gegen sich ergehen / und auf die von denen Erben geleistete Caution, Falls sie schon damit aufkommen könten / mit seinen Exceptionen ad Processum Reconventionis verweisen zu lassen. Zumalen nicht schuldig / wie nicht unklar erhellet ob dem jenigen / was hiervon verzeichnet. 19.

Berlich. *part. 1. concl. 84. n. 86. & seqq.*

Cautio siquidem est res fragilis cum periculo conjuncta, & præterea nullum invenit locum, quando jus petentis non est certum, nedum ut hîc prorsus finitum,

Mevius *part. 1. decis. 24. n. 5. 6. & 7.*

Wohin auch das Absehen führet / was doctè & appositè schreibet

Brunnemann. *Cons. 92. n. 13.*

Und zwar mit nachfolgenden Worten: Wann in exceptione Actoris Intentio gar negiret und in effectu gesaget wird / quòd Actori nulla competat actio, über dieser Exception muß freylich auch in Processu summario cognosciret / und kan dieselbe in Processum Reconventionis nicht differiret werden / die Ursach ist / daß dieses absurdum daraus kommen würde / daß geschehen könte / es würde Reus Actori sine actione condemniret. Hactenus ille.

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

20. Hieran thun die Oblauts-angezogene Zweiffel-Gründe nicht die geringste Hinderung / gestalten der Erste auf gegenwärtiges Factum sich gar nicht bequemen lässet / indeme pro Spolio mit nichten angegeben werden kan / quando causa præcedentis possessionis est sublata, & ita notoriè de non jure spoliati constat, cùm frustra ejus restitutio petatur, quod nullo jure nullâve causâ munitum esse ex actis & ipsâ rei evidentiâ elucescit,

Cothmann. *Cons. 67. n. 35. cum seqq. vol. 2.*

Cacheran. *Consil. 65.*

21. Dahero auch / auf den Zweyten zu antworten / nicht die im Anfang beschehene Immission, sondern vielmehr deren durch den völligen Abtrag des Capitals erfolgten Endschafft anzusehen / cùm ex parte dejecti, ut spolium allegari possit, certa requiratur possessio;

cap. 10. X. de off. & potest. deleg.

Gail. *lib. 2. obs. 129. n. 10. & obs. 152. n. 2.*

Ast verò causâ possessionis finitâ talis amplius subesse nequit, quin potius

potius partem adversam à tempore cessantis sortis injustè possedisse manifestum,

Menoch. *de Remed. retin. 3. n. 692.*

injusta autem & vitiosa possessio nullum habet juris adminiculum & effectum,

L. 1. §. ult. uti possid.
Roman. *Cons. 499. n. 7.*
Mevius *part. 2. decis. 355. n. 4.*

Welches alles um so mehr Platz ergreiffet / da sine ullâ causæ cognitione toties quoties efflagitatâ judicium Spolii verhänget / und zu dessen Aburtheilung geschritten / hierdurch auch der Cavallier die Wiese länger in Händen der Gegener und und deren Nutzbarkeiten sich vorenthalten zu lassen / überdrüßig worden / frustra autem judicis interventum in recipiendâ possessione expectat, qui non servato ordine & causâ haudquaquam cognitâ ad sententiam processit; 22.

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 3. cap. 11.*

Ja da noch darzu der Richter endlich à sententiâ super spolio latâ abgangen / und viam procedendi ordinariam erwählet / wie ex Rat. Decid. 9. erhellet / gleichwohl aber mutato animo, den in puncto Spolii vorhin ertheilten Bescheid / so doch an und für sich selbst null und nichtig / exequiren wollen / ubi enim ordo juris planè turbatur, omnia, quæ in judicio aguntur, irrita sunt, 23.

cap. 22. X. de accus.
cap. 10. X. de restit. spoliat.

in tantum ut Judex legales & liquidas vel tamen facilè liquidabiles exceptiones non admittens litem suam faciat,

Mevius *part. 3. decis. 4. n. ult.*

Daß auch zu Stürtzung des Dritten dem Cavallier keine unerlaubte Entsetzung der Gegentheilischen Possession beygemessen werden können / ist dahero leicht zu ermessen / daß bey allen und jeden bey diesem Facto concurrirenden Umständen derselbe vielmehr das Seinige wie- 24.

derum rechtmäßig zu sich genommen / als des Dieners Erben das geringste entzogen / uti præmemoratum in Rat. Decid. 7.

Dannenhero auch ex parte prætensi dejicientis improba dejectio ermangelt / ohne welche doch judicium spolii unmöglich bestehen und validiret werden kan /

Gail. *dict. lib. 2. obs. 129. n. 10.*
Mevius *part. 7. decis. 159. n. 1. & 2.*

25. Nicht weniger wird der Consens der Gegener bey dem Vierdten vergeblich erfordert / ad possessionem siquidem etiamnum durantem eamque legitimam rursus finiendam consensus talis efflagitatur, neutiquam verò ad eam, quæ ne umbram quidem possessionis habet, imò verò merum non ens constituit,

arg. *L. 69. L. 103. de V. O.*
L. 1. §. 9. de O. & A.

26. Und ob zwar sonsten der Fünffte und Letzte einen Schein haben könnte / so wollen doch die viele überall mentionirte Umbstände demselben keinen Platz ergreiffen lassen / quando enim possessionis continuatio conjuncta est cum magno præjudicio partis, vel etiam apertè est vitiosa & illegitima, cum litis pendentia possessori ne minimum quidem præbet patrocinium, uti in terminis terminantibus & convenientissimis consuluit

Fachinæus *Cons. 38. n. 68. 69. & 70. lib. 1.*

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XXXIII.

Circa operas indeterminatas à subditis denegatas, ubi plures moventur quæstiones.

An Copia in Archivo publico recondita plenam fidem mereatur?

Quatenus observantia in puncto operarum respicienda?

Quid juris, si sub certa æstimatione precariò ac literis reversalibus à Domino acceptis præstitæ?

An amissio documenti juramento probanda?

An petitori jus exigendarum operarum docere incumbat, & pro libertate præsumatur?

An operarum præstatio pro fructu Jurisdictionis reputanda?

An Servitia Transactione judiciali determinata extendenda, subditique ad Ca-

Von ungemeßenen an Seiten der Hintersasse geweigerte Frohndiensten/ worbey verschiedene Fragen erreget werden.

Ob einer im Archiv verwahrten Copey völliger Glauben beyzumessen?

Wie weit auf das alte Herkommen wegen sothaner Dienste die Absicht zu nehmen?

Was Rechtens/ wann solche gegen Bezahlung/ Bittweiß oder gegen einen von dem Gerichts-Herrn zuruck gegebenen Revers verrichtet worden?

Ob ein verlohrner Schein vermittelst Eyds zu erhärten?

Ob dem jenigen/ so zu denen Diensten berechtiget zu seyn vorgiebt/ solche zu erweisen oblieget/ und vor die Exemtion die Vermuthung stehe?

Ob die Frohn-Dienste vor ein nutzbahres Stück der Gerichtbarkeit zu halten?

Ob ausser denen in einem Gerichtlichen Recess ermeldte Dienste mehrere mit Fug gefordert

strum novum à Domino extruendum vel vetus reparandum concurrere debeant?

werden können / auch die Unterthanen ihrem Herrn zu Aufrichtung oder Erhaltung des Ritter-Sitzes beyzuspringen schuldig?

Quænam distinctio inter operas, quæ Dominii, & econtra Jurisdictionis intuitu debentur, observanda?

Was vor ein Unterschied zwischẽ denen jenigen Diensten / so in Ansehung des Eigenthums oder der Gerichtbarkeit geleistet werden müssen in acht zu nehmen?

Quando operæ pro pertinentiis Castri sint habendæ?

Welcher Gestalt die Baudienste unter die An- und Zugehörungẽ eines Ritterguts zu rechnẽ?

An intentio Domini Castri contra subditos tàm in Petitorio quàm Possessorio sit fundata?

Ob des Burg-Herrn Suchen so wohl in Petitorio als Possessorio gegen dessen Hintersassen gegründet?

SUMMARIA.

1. *Nuda copia vi probandi destituitur, si originale simul productum haud fuit, adeò ut nequidem in causâ possessoris relevet.*
2. *Quando Originale dubium est, fides Archivi scripturam salvare nequit.*
3. *Scriptura non attenditur, quando citatis suis, quorum interest, non fuit facta, neq; copia iis præsentibus erecta atq; prælecta, in tantum ut contra Magistratum capiatur præsumptio.*
4. *Scriptura nil roboris habet contra tertios, nec instrumenta vim suam ad alios, nisi qui actui interfuerunt, extendere possunt.* vid. tamen num. 67.
5. *Idq; ampliatur ut nec in antiquis Instrumenta contra tertios probent.* jung. num. 68.
6. *Apodictica veritas ex instrumen-*

to haberi nequit, à quo postmodum partes discesserunt, cumprimis quando id in Judicio factum & à Magistratu corroboratum.

7. Frustra allegant Rei Instrumentum, quod implere recusarunt, actor verò tali impugnationi patientiam accommodavit.

8. Operæ licet specialiter expressæ Instrumento probari nequeunt. Scriptura sola non est modus obligandi, sed saltem præsumptionem inducendi obligationem ex causâ, quæ allegatur, præcessisse. vid. tam. n. 71.

9. Quando omissio & contradictio ex parte subditorum & tolerantia ex parte Domini in continuam degeneravit observantiam, ab eâ recedi nequit.

10. Cujus generis operas Rustici hactenus ediderint, & quisnam sit antiquus villæ status, respiciendum, quod ampliatur in materia operarum.

11. Observantiæ diuturnæ immotè inhærendum nec probatio in contrarium admittitur.

12. In præscriptione temporis longissimi bona fides positivè non requiritur, sed præsumitur, adeò ut actori desuper disputare haud liceat.

13. Ex longissimi temporis intercapedine Titulus præsumitur, imò ipsa præscriptio instar tituli est.

14. Operæ præcariò & cum reservatione factæ præstationis necessitatem haud imponunt, cumprimis quando justa cautio & literæ reversales intervenerunt.

15. Quando de præsenti in præteritum præsumptio capi soleat?

16. Amissio documenti ad exemplum casus fortuiti mediante juramento doceri potest.

17. Possessio instar juris legitimè acquisiti est, ac proinde petitori incumbit jus exigendarum operarum exactè docere.

18. Libertas tàm personarum quàm rerum etiam stante servitutis vel alterius oneris possessione semper præsumitur.

19. Plus roboris habet præsumptio longissimo tempore munita, nec dominus aliter auditur, quam si intentionem suam evidentissimis argumentis demonstraverit.

20. Operarum præstatio est odiosa nec

nec nuda earum possessio ab onere probandi relevat.

21. *An operarum præstatio pro fructu Jurisdictionis reputetur, disquiritur & negativa defenditur.*

22. *Quando servitia certis transactionibus sunt determinata, ea sola debentur, reliqua verò pro omissis habentur.*

23. *Rusticana plebs ad solam capitationem & annonam congruam præstandam ad aliud obsequium autem nequaquam est obstricta.*

24. *In summariissimo Judicio Testes etiam interessati admittuntur, adeò ut unicus Testis ad probandum sufficiat.*

25. *Manifesta differentia inter Dominium & Jurisdictionem intercedit, ut quamvis operæ hujus fructus non sint, illius tamen intuitu debeantur, quod prolixè deducitur.*

26. *Quando Dominus Bona rusticis concedit, hi tacitè sese ad operas obnoxios reddunt, adeò ut Interesse præstando haud liberentur, sed ad earum præstationem adigi possint, quod tamen limitatur, & latius extenditur.*

27. *Scripturæ ex Archivo publico prolatæ plenam fidem quatenus mercantur?*

28. *Copia in Archivo publico recondita, an eandem cum Scripturis authenticis fidem inducat.*

29. *Quando personæ publicæ Instrumentum conficiunt, ejusque exemplum Cancellariæ inserunt, pro publico habetur Instrumento.*

30. *Et Originale rectè dicitur.*

31. *Quæ unum principium eandemq; materiam habent, ejusdem virtutis reputantur, ac Judicis conceptio plenam authoritatem tribuit.*

32. *Exemplum ex Archivo prolatum & antiquitate temporis munitum plenam fidem facit, quod ampliatur.*

33. *Ut Scriptura valeat de scripti authore præcisè constare debet.*

34. *In gradu eminenti dicitur locus publicus, quem Princeps Justitiæ administrandæ destinavit.*

35. *Et in specie talis, in quo Instrumenta recipi & instructum Archivum haberi solet.*

36. *Singulis ex asse specificatis infallibilis veritas apparet.*

37. *Quan-*

37. *Quando in Cancellariâ communi reponuntur scripturæ publicæ & authenticæ, qualitas loci præsertim requisitis pluribus concurrentibus effectum Instrumenti publici illi tribuit.*
38. *Adeò ut probatione extrinsecâ haud indigeat.*
39. *Pro pertinentiis Castri reputantur, quæ in Instrumento specialiter expressa reperiuntur, ac ejusdem juris habentur, cujus sunt ea, quibus cohærent.*
40. *Non possunt vellicari, quæ à Corpore quodam illustri assertivè firmata & inexpugnabili testimonio roborata sunt.*
41. *Quæ ad jussum Principis facta sunt; cum deliberatione facta censentur, nec disputationi subjacent.*
42. *Scriptura ex Archivo publico sumpta plenè probat, etiamsi careat subscriptione vel aliis solennibus, idque etiam in Camerâ obtinet.*
43. *Successores in Officio Antecessorum facta servare tenentur.*
44. *Quod superiori non licet, multò minus licebit inferiori.*
45. *Quæ à Judice & cumprimis totâ Cancellariâ fiunt, juris alicui competentis declarationem continent, eiq; constanter inhærendum.*
46. *Vocabulum: OMNE, est nota universalitatis & magnæ potentiæ, verbumq; OPORTET propriè necessitatem importat.*
47. *Molestum est, omnia genera specialiter exprimere, ac ea est collectivorum natura, omnia excludere, quæ non specificè docentur excepta.*
48. *Dictio:* Würcklich / *quid importet?*
49. *Actus ante hominis memoriam gesti licitè gesti censentur.*
50. *Quando Instrumentum se ad aliud refert, & relatum claram facti & juris delineationem complectitur, tum relatum easdem vires habet cum referente, idq; multò magis procedit, si à Principe fiat.*
51. *Relatum pars ipsius referentis & ejusdem naturæ & efficaciæ est.*
52. *Quælibet res ita censeri debet, uti concedens voluit & acquirenti tradidit, ac de pertinentiis idem, quod de re ipsâ principali venditâ statuendum.*
53. *Observantia subsecuta omnem dispositionem restringit, nec*

ad illam inducendam ulla præscriptio est necessaria.

54. *Ubi de initio alicujus juris constat, contraria observantia allegari nequit. Quando rustici confitentur, se operas præstitisse, observantia ipsis obstat.*

55. *Terminus:* Hergebracht / *non restrictionis sed declarationis nota est, quæque declarationis causa exprimuntur, essentiam dispositionis non mutant, ac unum Instrumentum ex alio interpretationem recipit.*

56. *Quod ex publico Instrumento constat, in continenti probatum dicitur; quod ampliatur.*

57. *Causa petitorii in apricum producta possessorium absorbet.*

58. *Actor utrumq; Judicium & Petitorium & Possessorium in incorporalibus intentare potest, ac Instrumentum antiquum plenè probat possessionem etiam in tertii præjudicium.*

59. *Possessio antiqua vim privilegii & publici Instrumenti habet, semperque continuata censetur.*

60. *Confessio separata continens capita separari potest, nec exceptio precarii in possessorio summariissimo locum habet.*

61. *Quando de Petitorio res certa est, possessio actoris subitò declaranda, licet de possessione ex parte rei liqueat.*

62. *Testes de Universitate à testimonio repelluntur, quando commodum vel incommodum in particulari inde sunt consecuturi. Amissio Instrumenti juramento haud probatur.*

63. *Ab observantia Judiciorum & Concellariarum nequaquam recedendum.*

64. *A diversis nulla fit illatio.*

65. *Regimen Principis tantæ est authoritatis, ut nulla sinistra suspicio in illud cadere possit.*

66. *Ex antiquitate temporis citationem præcessisse conjicitur, ac præsumptio solennitatis inducitur.*

67. 68. *Contraria opinio supra* n. 4. & 5. *adducta refutatur.*

69. *Quando ex separabilibus quicquam mutatur, totum nequaquam mutatum censetur.*

70. *Facta subsequentia antecedentibus sustentaculum præstant, cumprimis quando versamur in antiquis.*

71. *Argumentum* num. 800. *oppositum refellitur.*

72. *Frustra contraria observantia allega-*

allegatur, quando de negotio aliter gesto apertè constat.

73. *Præscriptio duntaxat contra negligentes, non verò jure suo utentes allegari potest.*

74. *Quando jus præstandarum operarum ejusq; possessio ac exercitium apertè constat, jus eas in posterum denegandi haudquaquam competit, illarumq; exactio est meræ facultatis.*

75. *Nemo jus suum abdicare aut incompatibilia cum illo admittere censetur. Titulus precarii cur in præsenti casu sit invalidus?*

76. *Prætextus ineptus haudquaquam attendendus.*

77. *Inclusio unius non est exclusio alterius, quando aliâ viâ atque modo aliquid includitur.*

78. *Operæ ratione dominii à subditorum tum personis tum bonis debentur.*

SPECIES FACTI.

Es hat die Durchlauchtigste Fürstin und Frau / Frau Augusta Herrn Cajo ein sicheres Gut sambt dem darzu gehörigen Burg-Recht und vielen andern so wol in der Dorffschafft selbsten / als auch deren Feld-Marckt / Wassern / und Waldungen habenden Gerechtigkeiten / um und vor Sechs Tausend und Drey Hundert Reichs-Thaler verkaufft und cediret / und sich dißfalls auf eine von Fürstl. Regierung zu M. in Anno 1624. aufgerichteten Gegen-Anschlag / als worinnen weniger nicht die Burg-Wohnung als auch alle deren Pertinentien und Gerechtigkeiten umständlich und weitläuffig ansgetrucket worden / bezogen / wie der von höchstgedachter ihrer Hoch-Fürstl. Durchlauchtigkeit ihme Herrn Cajo ertheilte Kauf-Brief und Cession mehreren Innhalts ausweiset.

Als nun wolgedachter Herr Cajus nach getroffenem und vollzogenem Kauff / auch die Bau-Diensten / so beydes in gedachtem Gegen-Anschlag und Kauf-Brief austrücklich vermeldet worden / von denen Hintersaßen gefordert / und sich deren zu Aufrichtung einiger Gebäuden / auch behöriger Reparation des Burg-Hauses selbsten gebrauchen

chen wollen / haben dieselbe solche zu leisten sich geweigert / und daß sie jedesmal den Gerichts-Herrn bey etwa vorfallenden Bau-Wesen nicht aus Schuldigkeit / sondern gegen gebührliche Bezahlung / oder anderwärtige Befriedigung an Hand gegangen / vorgewendet / worauf mehrersagter Herr Cajus die Hoch-Fürstl. Regierung zu M. angelanget / sich über der Gemeinde Widersetzlichkeit beschwehret / und seine Intention so wol in Petitorio, ratione juris præstandarum operarum, durch berührte beyde Documenten, als auch in Possessorio, ratione actualis exercitii durch der Hintersaßen eigene Geständnus nach Anleitung eines den 19.ten Febr. 1691. bey gedachter Regierung ertheilten Bescheids / als welche dißfalls genug seye / unterstützet / diese aber hingegen excipiendo possessionem libertatis angegeben / und endlich nach verschiedenen derentwegen gehaltenen Tagfahrten vermittelst übergebener Articulorum Probatoriorum erhärten wollen / daß die vorige Burg- und Gerichts-Herrn dergleichen Bau-Diensten niemals begehret / sondern wann sie deren benöthiget gewesen / ihnen entweder nothwendiges Stuben-Holtz / oder ein gewisses an Geld davor entrichtet hätten / auch einem unter solchen Gerichts-Herrn Namens sothane Dienste anderster nicht abstatten wollen / biß selbiger einen schrifftlichen Revers, solche hinkünfftig in keine Consequenz zu ziehen / von sich gegeben / welchen sie aber bey dem eingefallenen Kriegs-Wesen und anderen Unfällen wiederum verlohren / ja es hätte der Herr Cajus selbsten sie um Verfertigung vieler hundert Latten ansprechen / und vor ein jedes Hundert einen halben Reichs-Thaler zahlen lassen / nicht weniger auch dessen Secretarius wegen der noch neulich begehrten Holtzfahrt ihnen die Versicherung gethan / daß sie bey Zurückkunfft seines Herrn zu Verhütung künfftig zu besorgender nachtheiliger Consequenz, mit einem Revers versehen werden sollten;

Entspringet demnach hieraus diese Frage: Ob fundamentum intentionis an Seiten des Herrn Kauffers so wol in Petitorio, weil die Bau-Dienste aus ermeldtem Gegen-Anschlag / und darnach eingerichtetem Kauf-Brief in continenti zu erweisen / als auch in Possessorio summariissimo in Ansehung / daß die Hintersaßen die Bau-

Dienste

Dienste geleistet zu haben eingeständig seyen / fundiret / hingegen aber der ihrer Seits hinwieder angegebenen / und à Domo Reorum genommenen Beweißthumb keines Weges zu lassen / und einfolglich für den Herrn Klägern zu sprechen / oder ob hingegen der Beklagten gethanes Einwenden erheblich / und ihnen durch die Einbrachte Articulos prætensam libertatis possessionem beyzubringen zu verstatten seye?

RATIONES DUBITANDI.

ERsten Anblicks will es das Ansehen gewinnen / als wann offt-ermeldten Herrn Caji Suchen mit nichten zur Gnüge gegründet / sondern vielmehr dessen ohnerachtet die Beklagte mit ihrem angegebenen Beweißthumb zu hören seyen / und zwar solches aus nachfolgenden Rechts-Gründen.

Dann so viel 1.) den in Anno 1624. aufgerichteten Gegen-An- 1.
schlag betrifft / so zeiget dessen auswärts verzeichnete Rubric, daß selbiger in einer bloßen Abschrifft oder Copiâ bestehe / welche zu Behauptung der intendirten Bau-Diensten zumal nicht anreichig seyn kan / nuda siquidem exemplatio sive Copia vi probandi destituitur;

L. sancimus. 3. C. de divers. Rescript.
L. Contractus. 17. C. de fid. instrum.

cùm describentis vel errore vel dolo facilè tenor ejus mutari & hoc modo calumniosa scriptura effici possit, uti dicitur in

L. quicunq;. 2. ff. eod.

eâque de causâ si originale insimul productum haud fuerit, suspicione obreptionis subitò laborare incipiat;

Nevizan. *Consil. 37. n. 28.*

Deficit enim exemplum, si deficiat exemplar,

arg. *L. in Testamento. 27. de cond. & demonstr.*

In tantum ut ne quidem in causâ manutentionis seu possessoris summariissimi revelare possit,

Posth. *decis. Rot. Roman. 338. n. 8.*

neque Princeps facere possit, ut exemplo credatur;

Panormitan. *ad cap. si scripturam. 1. X. de fid. Instrum.*
Umm. *disp. ad Process. 17. n. 38.*

2. Welches dann 2.) statt findet / obgleich dergleichen Abschrifft ex Archivo publico genommen / und zum Beweißthum angeführet werden will / quando enim de originali res prorsus incerta est ac dubia, fides Archivi scripturam salvare nequit, nedum ergò nudum exemplum, uti in terminis tradit

Mevius *cons. 108. n. 68.*

cùm enim Judici statum Instrumenti ejusque singulas circumstantias benè perpendere, & parte etiam haud petente, si non probet, rejicere incumbat;

Concenat. *lib. 1. quæst. singular. cap. 1. n. 17.*

Sanè ipsum Originale in conspectum ejus produci, non verò nudum exemplum allegari debet, ne alioquin justam illud rejiciendi nanciscatur causam, licet fortè à plurimis transsumptum & cum originali olim comparatum fuerit.

Althus. *lib. 3. dicæol. c. 44. n. 19.*

3. Besonders da auch 3.) darinnen im geringsten nicht vermeldet worden / daß die Gegenseitige Gemeinde vorhero / und als sothaner Anschlag aufgerichtet werden sollen / der Gebühr citiret / und über alle und jede Posten / deren darinnen Meldung geschehen / gehöret und vernommen / dessen Abschrifft auch in deren Beyseyn verfertiget und ihnen vorgelesen worden seye / tantò minus autem scriptura attendi meretur, quando citatis his, quorum singulariter intererat, non fuit facta, neque etiam vidimus seu copia indubitatæ fidei & approbationis causa iis præsentibus erecta atque prælecta, ceu notanter tradit

Guido Papa *cons. 213. n. 1.*

cam-

eamque sententiam communem esse comprobat

Köppen. *decis. 46. n. 20.*

ac præjudiciis additis benè notandum esse monet

Rulant. *tract. de Commissar. & Commiss. part. 2. lib. 5. Cap. 24. n. 1. & seqq.*

quid enim magis conveniens est, quam citari & audiri eos, quorum præjudicio causa cedere, eorumque jura & interesse diminuere potest;

L. si eo tempore. 6. ubi Bartol. *C. de remiss. pign.*

cùm nemo nisi facto & consensu proprio obligationi atque oneri implicari valeat,

L. obligationum. 3. de O. & A.
L. si ergo. 18. de R. Credit.

Quâ de causâ non pro Magistratu, sed contra eum capitur præsumptio, quando parte non citatâ neque auditâ aliquid in Scripturam redigi curavit,

Mevius *Cons. 58. n. 72.*

Imò nec Principis Rescriptum valet, quando parte haud citatâ concessum, ut testatur & probat

Guido Papa. *Cons. 195. n. 5.*

Dannenhero 4.) von selbsten erhellet / daß selbiger gegen die Beklagte als tertios zumal nicht angezogen / noch zum unbeweglichen Grund einer rechtmäßigen Klage geleget werden könne / nihil enim roboris scriptura habet contra tertios, 4.

L. rationes. 6. L. exemplo. 7. C. de probat.
Gail. *lib. 2. obs. 37. n. 12.*
Afflict. *decis. Neapol. 331. n. 7.*

cùm Instrumenta vim suam ad alios extendere nequeant, quam qui actui intervenerunt, eaque ascensu suo firmarunt;

L. ad probationem. 21. C. eod.

ne

ne alioquin occasio calumniandi inde nascatur, & hâc ratione juris authoritas impugnetur, contra

L. illud. 5. §. 1. de pact. dotal.

5. Deme dann 5.) viele bewehrte Interpp. statt geben / ob gleich dergleichen Briefliche Urkunden vor einer sehr langen und undencklichen Zeit verfertiget und aufgerichtet worden / in antiquis enim Instrumenta contra tertios non probare tradunt

Cravetta *tr. de Antiq. tempor. part. 1. n. 24.*
Menoch. *Cons. 402. n. 17. vol. 5.*

6. Uber das kombt bey diesem Anschlag 6.) zu bedencken vor / daß selbiger in verschiedenen Stücken geändert / und solchen theils der verschiedenen über ein- und andere Posten nachgehends aufgerichteter Cantzley-Recessen, theils auch der bißherigen langwierigen Observanz wegen / nicht allemahl nachgegangen worden / constans autem & apodictica veritas ex Instrumento haberi nequit, à quo postmodum partes discessisse apparet,

arg. *L. sed et si pupillus. 11. §. 5. de inst. act.*

cumprimis quando id in judicio factum & magistratus authoritate corroboratum;

arg. *L. si familia. 9. de Jurisd.*
L. ait prætor. 1. §. 1. ne vis fiat ei &c.

actus enim contrarii ejusdem mutationem inducunt,

Decius *Cons. 317. vers. visis. n. 4.*

& observantia rei faciem commutans aliam juris determinationem ac interpretationem requirit;

L. de quibus. 32. §. 1. de LL.
Cap. dilectus. 8. X. de Consuet.

adeò ut si quis Instrumentum abolitum haud esse dicat negativam hanc probare teneatur, ut cum Herculano tradit

Mascard. *de probat. concl. 909. n. 1.*

So ist auch 7.) an deme / und gar nicht zu verneinen / daß so offt die Gerichts-Herrn sich auf mehrersagten Anschlag beziehen / und nach dessen Anleitung die Bau-Dienste fordern wollen / die Beklagte solche jederzeit verweigert / auch in diesem Stück selbigen niemals würckliche Folge geleistet / die Eigenthumbs- und Gerichts-Herr aber hierbey allezeit acquiesciret / und dergestalt ihres Rechtens / so sie etwa Krafft sothanen Anschlags erlanget hätten / sich selbsten entsetzet und begeben haben / frustra autem pro fundandâ intentione allegat Instrumentum, quod Rei continuò impugnarunt & implere recusarunt, actor vero tali impugnationi atque contraventioni uniformem patientiam accommodavit, 7.

arg. *L. si ego emi. 11. §. 1. de publ. in rem act.*
L. in omnibus. 18. de servit.

quotiescunque enim actibus, quos quis impedire potest, non contradicit, sed eos fieri patitur, in eos consentire censetur, tametsi in apertum ejus vergant incommodum,

L. utilitatem. 1. §. 5. de Exerc. act.
L. in adoptionibus. 5. de Adopt.

cùm etiam tacens habeatur pro consentiente, quando præter usurpatæ libertatis tolerantiam adjungitur alius actus, veluti contradictionis à subditis factæ, etiam in præjudicialissimis, ut loquitur

Mevius *Cons. 2. n. 35.*

præprimis, quando temporis diuturnitas continuo nexu concurrit;

cap. 1. ibi: cur tamdiu tacuit. X. de frigid. & malef.
Cravetta *cons. 148. n. 12.*

cùm speciem mandati atque ratificationis taciturnitas, tolerantia ac dispatientia haud declarata constituat;

Gloss. *in L. quo enim. 12. rem rat. haberi.*

Sonderlich aber stehet diesem Anschlag 8.) entgegen / daß von einigen vornehmen Rechts-Lehrern darvor gehalten werden will / es könten 8.

ten die Frohn-Dienste / vermittelst eines Instruments / ob gleich selbige darinnen mit Nahmen ausgetrucket / zumalen nicht rechtlicher Gebühr nach erwiesen werden / wie solche in terminis anführet

Richter. *Conf. 297. n. 31. vol. 2.*

Und zwar dem Ansehen nach nicht ohne Grund / Scriptura siquidem sola non est modus obligandi, sed saltem præsumptionem inducendi obligationem ex causa, quæ allegatur, præcessisse,

Carpzov. *J. For. part. 1. const. 17. def. 35.*

causa autem nulla, cùm in nostrâ allegetur scripturâ, etiam præsumptionem cessare in aperto est;

arg. *§. 40. in fin. de A. R. D.*
L. cùm de indebito. 25. §. ult. de probat.

9. Und weil solcher Gestalt der Anschlag unanlänglich / auch 9.) der Gerichts-Herrn continuirliches Stillschweigen und Genehmhaltung in eine stätige Observanz gerathen / so wird desto weniger davon abgegangen / und denen Beklagten die Bau-Dienste zugemuthet werden können / quando enim omissio & contradictio ex parte subditorum & tolerantia ex parte Domini in continuam degeneravit observantiam, tantò majus fomentum sortitur, nullâque ratione ab ea recedi potest, cùm observantia multum faciat ad interpretationem actorum & negotiorum, de quibus controvertitur,

Klock. *Conf. 51. n. 272. tom. 1.*

Inducit enim voluntarium juris sive privilegii non usum, per quem id ipsum amitti constat;

Schurff. *Conf. 29. n. 1. in fin. cent. 3.*

10. Woran 10.) desto weniger zu zweiffeln / weil bey allen und jeden Frohn-Diensten sonderlich auf die Observanz, was nemlich für Dienste / auch wie / wann / und welcher Gestalt solche bißhero von denen Unterthanen und Hintersassen geleistet worden / gesehen zu werden pfleget / cùm enim operæ plerumque difformiter & variè præstentur, summoperè est respiciendum, cujus generis operas rustici hacte-

nus

nus ediderint, & quisnam sit antiquus villæ status,

Mevius *Conſ. 58. n. 38.*
Mundius *tract. de mun. & honor. cap. 4. n. 48.*
Erhard. *tract. de oper. ruſtic. concl. 22. lit. D. ubi his utitur formulis:* Gewöhnliche und von Alters her geleistete Frohn-Dienste: *Item:* Und soll es ein jeder mit seinen Unterthanen halten / wie vor Alters.

Obſervantia enim eſt optima juris interpres,

L. ſi de interpretatione. 37. de LL.

& ex obſervantiâ ſucceſſivè intercedente jus competens declarari ſolet;

Mevius *Conſ. 2. n. 172.*

Maximum ſiquidem onus operas concomitatur, & propterea ceu naturali libertati inimicum cum offenſione juris communis conjunctum, ſummeque odioſum non patitur extenſionem,

Natta *Conſ. 182. n. 10.*
Richter. *deciſ. 98. n. 16. & 17.*
Erhard. *d. tr. concl. 12. lit. B.*

Ita ut contra dominum nova atque inſolita ſervitia, etiam per metum reverentialem exigentem, detur actio negatoria;

Berous *Conſil. 81. n. 20. vol. 1.*
Mevius *part. 4. deciſ. 31. princ.*

Imò ad partes Judicis pertineat, etiam ex officio & nemine implorante, ruſticis contra obſervantiam oneratis ſubvenire, eosque à ſimilibus exactionibus liberare,

Gail. *lib. 1. obſ. 7. n. 7.*

non obſtante quod fortè inter ipſos atque dominum lis ſuper operis orta ſit & etiamnum pendeat;

Mevius *part. 2. deciſ. 50.*

Equidem operas in cenſu ſervitutis ſive realis ſive perſonalis haud

esse non sine ratione existimat;

Æmil. Ferretus *in L. Lex Falcid. 1. §. 9. ad L. Falcid.*

formaliter siquidem & quoad modum præstandi si considerentur, vix uni harum specierum aptari possunt. Servitutem tamen in jure personarum occurrentem certo respectu & analogicè eas repræsentare nihil certè impedit, intellige quatenus tum causaliter seu ratione originis, naturaliter siquidem conditioni subditorum quodammodo cohærent, benè monente

Mevio *Cons. 66. n. 46.*

tùm effectivè seu quoad præstationis necessitatem considerantur. De cætero quod statum libertatis non afficiant, & hactenus ratione rerum præstentur, in confesso est, & rectè tradunt

Klock. *Cons. 10. n. 730. & 731. tom. 1.*
Vultejus *Cons. 30. n. 15. & 16. vol. 2.*

11. Deme dann 11.) zu statten kombt/ daß sothane Observanz nicht nur vor einigen wenigen/ sondern sehr langen/ ja fast undencklichen Jahren ihren Ursprung erreichet/ und biß auf diese Zeit unveränderlich in acht genommen worden seye/ quando autem observantia est diuturna, & longissimi imò & immemorialis temporis decursu firmata, tum ei immotè inhærendum, adeò ut nulla probatio in contrarium admittatur;

Klock. *Cons. 182. n. 30. & 40. tom. 3.*

cùm hâc ratione subditi, qui hactenus domino contradixerunt, jus operarum ei prorsus interverterint, sibique libertatis possessionem, concurrente firmo præscriptionis titulo, asseruerint.

arg. *L. sicut. 3. L. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. ann.*
Cap. super. 26. vers. præterea. X. de V. S.
Husan. *de Hominib. propr. cap. 8. n. 8.*
Maul. *tr. de Homagio. tit. 4. n. 27. & 28.*

licet enim nullo temporis sive annorum spatio effici possit, ut domi-

dominus operis sibi debitis excidat, tametsi fortè eas non exegerit,

Erhard. *de Oper. Rustic. concl. 32. lit. F.*

Richter. *decis. 98. n. 37.*

cum tempus non sit modus obligationem ritè constitutam tollendi;

L. obligationum. 44. princ. de O. & A.

aliud tamen obtinet, quando interpellationi ab eo factæ subditi constanter contradixerunt, & ad operas præstandas nunquam se induci passi fuerunt;

arg. *L. si ego emi. 11. §. 1. de public. in rem act.*

Gebhard. *tr. de Usucap. cap. 3. n. 18.*

Und ob wol 12.) einige Interpp. der Meynung seynd / es seye nicht genug / daß die Frohn-Dienste von denen Unterthanen begehret / von selbigen aber widersprochen / und an Seiten des Herrn es dabey gelassen worden / sondern es werde auch besonders erfordert / daß sothane Verweigerung und Widersprechung bonâ fide geschehen seye / uti cum Alexandro Curtio & aliis ingeminat 12.

Mascard. *de probat. concl. 885. n. 2.*

An welchem aber allhier kein geringer Mangel erscheine / weil die Hindersaßen wol gewust / daß sie den Gerichts-Herrn dasigen Orts zu den Frohn-Diensten verbunden seyen / constat autem scientiam malam fidem inducere,

L. quæsitum. 40. de A. R. D.

so scheinet doch solches wenig zu verfangen / cùm hîc versemur in præscriptione temporis longissimi, in quâ bona fides positivè non requiritur, sed ex tantò temporis lapsu præsumitur, adeo ut actori deinceps de bonâ vel malâ fide disputare haud permittatur, uti omnium Practicorum hanc esse sententiam firmat

Tabor. *Relat. Argent. 52. n. 13.*

Add. Schurff. *Cons. 69. n. 8. & Cons. 72. n. ult. Cent. 1.*

13. Weßwegen auch 13.) sothane Præscription diese Rechtliche Eigenschafft hat / daß man dessen Ursprung und Anzeige zu beweisen keines Weges gehalten / ex tanti enim temporis intercapedine titulus præsumitur;

Vultej. *Consil. Marp. 30. n. 49. vol. 3.*
Decian. *Cons. 35. n. 31. vol. 3.*
Covarruv. *ad cap. possessor. part. 2. §. 8. n. 3. de R. J. in 6to.*

imò ipsa præscriptio est instar tituli, ac proinde hujus qualitatem, existentiam & probationem nequaquam desiderat;

Wesenb. *Cons. 4. n. 79. part. 1.*

14. Wann auch gleich 14.) die Beklagte einige Bau-Dienste verrichtet / und solcher Gestalt Interuptio possessionis dem Ansehen nach / vorgegangen wäre / so ist es doch an deme / daß sie solche anders nicht als gegen behörige Bezahlung / oder anderwärtige Recompens, wie auch Bitts-weise und gegen Zurückgebung eines Revers-Briefes verrichtet haben / quando autem operæ certâ æstimatione, æquivalenti retributione, nec non precariò, cum expresâ libertatis reservatione, literisque reversalibus eo nomine à Domino acceptis præstantur, servitutis simulachrum repræsentare, & præstationis necessitatem imponere haud possunt

Richter. *decis. 98. n. 46.*
Erhard. *dict. tr. conl. 17. lit. C.*

quæ enim precario fiunt, necessitati obnoxia haud sunt,

arg. *L. precarium. 1. pr. de precar.*

& reservatio jus reservantis in tuto ponit;

cap. indemnitatibus. 43. in fin. de Elect. in 6to.
Matth. *Cons. Marp. 21. n. 21. vol. 1.*

præprimis cum justa cautio & literæ reversales intervenerint, quæ certissimum libertatis sunt indicium, eamque illæsam conservant,

arg. *L. pro herede. 20. §. 1. de acq. vel omitt. hered.*
Mevius *Cons. 65. n. 142.*

Und

Und ob wol die Gemeinde 15.) diesen Schein ihrem eigenen Ge- 15.
ständnus nach / nicht vorzeigen / noch dergestalt ihr Angeben beglaubt machen kan / so entstehet doch vor selbige / daß sie solchen in Handen gehabt / eine kräfftige Vermuthung dahero / weil sie die von des Herrn Caji Secretario vor weniger Zeit erforderter Bau-Dienste auf keine andere Weise leisten wollen / als biß von selbigem die Versicherung geschehen / daß sie nach Zurückkunfft wohlgedachten Herrn Caji mit einem Revers versehen werden sollten / quando autem extremum à quo, seu status præsens consistit in veritate, & extremum ad quod, seu status præteriti temporis in possibilitate tum de præsenti in præteritum præsumptio capi solet;

Menoch. *de Præsumpt. lib. 1. præs. 24. n. 37.*

cùm tempus præsens connexitatem habeat cum præterito,

Menoch. *d. loc. n. 44.*

& propterea quod in negotio quodam de præsenti factum est, antehac seu de præterito quoque factum fuisse censetur;

arg. *L. si tamen. 48. §. 3. de ædil. edict.*
Klock. *Cons. 135. n. 193. tom 3.*

Factumque præsens arguit voluntatem, cautelam & jura antecedentia;

arg. *L. item. 7. §. 11. de SCt. Macedon.*

Daferne sie auch 16.) mit einem Eyd zu erhärten erbietig wären / 16.
daß sie sothanen Schein durch Krieg oder andere Unfälle wiederum verlohren hätten / so müsten sie billig damit gehöret / und ihrem Vorgeben völliger Glaube beygemessen werden / indem bekandten Rechtens / quod amissio documenti etiam mediante juramento doceri possit,

arg. *L. cum quidam. 21. C. de fid. Instrum.*
Carpzov. *J. For. part. 2. const. 17. def. 28.*
Gail. *lib. 2. obs. 37. n. 3.*

Idque ad exemplum casus fortuiti, quem nonnunquam etiam sub-

sidiariâ

sidiariâ sive privilegiatâ hâc probandi viâ demonstrari posse, Dd. ingeminant;

Carpz. *part. 2. const. 17. n. ult. & const. 26. n. fin.*

17. Und legt sich dannenhero 17.) von selbsten zu Tage / daß gleichwie bey allen diesen Umständen die Beklagte jederzeit in possessione libertatis geblieben / also auch dabey billig / bis ein anders gegen sie rechtlich erwiesen und beygebracht / zu schützen seyen / possessio siquidem instar juris legitimè acquisiti est,

L. possessionis. 2. C. de probat.

& possessor plus juris habet in conservando, quam actor in agendo,

Specul. *tit. de Emphyt. n. 93.*

eâque de causâ Petitori incumbit, jus exigendarum operarum exactè docere;

arg. *L. res alienas. ult. C. de R. V.*

Et hoc quidem exemplo patronorum, quippe qui olim justâ prætensarum operarum probatione defungi debuerunt,

L. quoties. 18. de probat.

ab his autem ad rusticorum & colonorum dominos frequens duci argumentum communiter Dd. concludunt,

Erhard. *d. tr. præfat. lit. A.*

cùm ab operis libertorum operæ rusticorum originem traxerint, & propterea iisdem legibus censeri debeant;

Brunnemann. *ad L. si tempore. 1. C. de Oper. libert.*

18. Wie dann auch ohnedem 18.) pro libertate tanquam qualitati naturali die rechtliche Vermuthung stehet / und davon nicht leichtlich abzuweichen / libertas enim tam personarum, qum rerum semper præsumitur;

L. ædibus. 4. C. de serv. & aq.

etiam stante servitutis vel alterius oneris possessione, ceu additâ

ratione

ratione comprobat

Menoch. *de Præf. lib. 3. præf. 89. n. 6. & 7.*

eaque præsumptio Juris est, & naturæ quoque congruit, juxta quam proinde tanquam causam originariam res quælibet censeri debet;

L. qui id quod. 33. de donat.

Bevorab da sothane Præsumption durch eine hierbey concurrirende Länge der Zeit/in welcher solche Freyheit genoßen worden/ destomehr unterstützet wird/ plus enim roboris habet præsumptio, quam longissimi temporis curricula concomitantur; 19.

Roland. à Valle *Conf. 3. n. 30. vol. 1.*

tantum ergo abest, ut dominus aliter audiatur, quàm si intentionem suam evidentissimis ac irrefutabilibus demonstraverit argumentis,

Mascard. *de Probat. concl. 980.*

Ja es thut 19.) diesem allen keinen geringen Beyschlag / daß wann gleich an Seiten der Unterthanen und Hindersaßen / daß sie auf beschehene Bitte einige Bau-Dienste je zu weilen geleistet hätten / eingestanden wird / dannoch hierdurch dem Gerichts-Herrn zumalen kein Recht zuwachse / sondern ihme gleichwol zu erweisen obliege / daß er zu denen prætendirten Frohn-Diensten berechtiget seye / wie nicht allein darthut / sondern auch dißfalls verschiedene Præjudicia Cameralia anführen 20.

Erhard. *cit. tr. concl. 13.*

Klock. *Conf. 10. n. 740. tom. 1.*

cùm enim præsumptio Juris pro libertate militans summè sit favorabilis, operarum verò præstatio odiosa, hinc nuda earum possessio ab onere probandi relevare nequit,

Surdus *decis. 177. n. 1.*

Neque ratio patitur, ut rigorem juris laxemus in illis, quæ non

 exten-

extensioni verum restrictioni duntaxat subjacent;

arg. *L. cùm quidam. 19. de lib. & posth. hered. inst.*
cap. odia. 15. de R. I. in 6to.

21. Ziehet man ferner und 20.) in Betrachtung / daß nach mehr bewährter Meynung der jenigen Lehrer / so die Frohn-Dienste von der Gerichtbarkeit oder Jurisdiction entfernen / und als deren nothwendiges und nutzbares Stück keines Weges halten und erkennen wollen / so wird auch der Herr Kläger als Gerichts-Herr dasigen Orts selbige zu einem Grund der prætendirten Bau-Diensten keines Weges legen können; Quantumvis enim operarum præstationem nonnulli pro fructu jurisdictionis reputent;

Vultej. *Cons. Marp. 30. n. 209. vol. 2.*
Gail. *tract. de Arrestis. cap. 10. n. 2.*

& quidem diversimodè, aliis quippe ad civilem, ad criminalem aliis eam referentibus, ut videre est apud

Maulium *tr. de Homagio. tit. 4. n. 1.*
Ottonem *de J. P. cap. 11. pag. m. 434.*

plurimi tamen ex Nostris à tali postulato rectius recedunt, eamque pro modo constituendi & exigendi operas nequaquam agnoscunt, eò quòd jurisdictio cum operis nihil habeat commune, & justa earum præstandarum causa duntaxat sit conventio, præscriptio & concessio in investiturâ facta;

Knichen. *de vestit. pact. c. 3. n. 1. part. 2.*
Klock. *cons. 26. n. 43. tom. 1.*
Besold. *Thes. pract. voc.* Frohn-Diensten.

22. Annebenst ist auch 21.) nicht aus der Acht zu lassen / daß alle und jede Frohn-Dienste / welche die alldortige Hintersassen zu leisten gehalten / in denen nach und nach / und zwar beynahe von einem Seculo her / aufgerichteten und mit Belieben und Genehmhaltung so wohl der Gerichts-Herrn / als auch der Unterthanen bestärckten Cantzley-Recessen ausgetrucket / und wie es damit gehalten werden solle / zur Genüge darinnen

rinnen versehen worden / gleichwohl aber der Bau-Diensten so wenig in einem als dem andern einige Meldung geschehen / welches Zweiffels ohne nicht würde verblieben seyn / wann auch diese unter jenen mit begriffen / und mit gleichem Fug und Recht gefordert werden könnten / quando enim servitia certis Transactionibus atque Recessibus sunt determinata, ea sola debentur, reliqua verò pro omissis & non debitis habentur,

Mevius *cons. 3. n. 122.*

quod enim verbis non exprimitur, pro omisso habendum, nec facto hominis supplendum,

L. quicquid. 99. de V.O.

L. si de certâ. 31. C. de Transact.

& casus omissus remanet sub dispositione juris communis,

Menoch. *cons. 1143. n. 34.*

præcipuè quando versamur in materiâ odiosâ, & novitatem quandam implicante;

cap. Consuetudines. 9. X. de consuet.

cap. odia. 15. de R. I. in 6to.

Wie wollte man auch 22.) und Letztens die Hintersassen zu sothanen Bau-Diensten anstrengen können / indeme zu Recht versehen / daß selbige in denen Dörffern ihren Herrn zu Aufrichtung oder Erhaltung eines Ritter-Sitzes oder andern Gebäuen keine Hand- oder Pferd-Frohnen zu thun schuldig und gehalten seyn sollen; Rusticanam siquidem plebem ad solam capitationem & annonam congruam præstandam, ad ullum verò aliud obsequium nequaquam devocandam esse, rescripserunt Imperatores Diocletianus & Maximinus in 23.

L. ne quis. 1. C. ne rustic. ad ullum obseq. dev.

Unde si Dominus lignis aliâve materiâ ad ædificium novum exstruendum, sive vetus reparandum necessariâ indigeat, subditos sive rusticanos ad hæc omnia convehenda neutiquam obstrictos esse per modum brocardici, inde collegerunt Interpretes

Brunnem. *ad dict. L. 1.*

Carpzov. *J. For. part. 2. const. 52. def. 1. & lib. 1. Respons. 51. num. 1.*

Add. Husan. *de Hominib. propr. cap. 6. n. ult.*

24. Kan demnach bey allen diesen Umständen / und da die Beklagte sonderlich possessionem libertatis vor sich haben / dem Ansehen nach anderster nicht geschlossen werden / als daß ihnen das jenige / was sie in ihren producirten articulis probatoriis vorbracht / durch die aus ihrem Mittel angegebene Zeugen zu erweisen / verstattet und zugelassen werden müste / in manutentionis siquidem seu summariissimo judicio testes etiam interessati admittuntur,

Posthius *de Manuten. obs. 70. n. 3.*

cùm in tali exceptiones contra testes nullatenus recipiantur,

Menoch. *remed. retin. ult. n. 41. & 42.*

& leviores quoque probationes sufficiant, eâque de causâ etiam unicus testis ad probandum sufficiat;

Post. *decis. Rot. Roman. 499. n. 4. decis. 547. & decis. 597. num. 2.*

RATIONES DECIDENDI

25. Wie wol nun alle vorgesetzte Gründe dergestalt scheinbar sind / daß sie bey dieser Sachen keinen geringen Zweiffel erwecken / und verursachen könten / so wird doch in reiffer Erwegung aller hierbey concurrirenden Umständen / und deren Anleitung nach / herfürtringenden Motiven, aller Zweiffel verschwinden / und daß der Herr Cajus die Bau-Dienste mit höchstem Fug und Recht von seinen Hintersaßen fordern könne / dieselbe auch solche unweigerlich zu leisten gehalten seyen / sich offenbahr zeigen und hervor legen: Und damit solches desto nachtrücklicher geschehen möge / wird gleich im Eingang zu erinnern nöthig seyn / was es mit dem quæstionirten Adelichen Hauß und

und allen dessen Pertinentien für eine Beschaffenheit gehabt habe / und biß noch habe. So ist demnach für das Erste zu wissen / daß die vorige Grund- und Gerichts-Herrn dieses Adelichen Hauses alle und jede in dasiger Feld-Marckt gelegene Gütter selbsten bauen und ausstellen lassen / nach und nach aber für bequemlicher erachtet / selbige einigen Leuten Lands-Siedels-Weise als Höfe einzuthun und zu verlehnen / auch zu solchem Ende ihnen Häußer aufzubauen zu verstatten / und zu dessen Behuf aus ihren Waldungen nöthiges Bau-Holtz mitzutheilen und hinzugeben / allermassen sie dannoch allezeit die Leyhe / wann einige Aenderung so wol bey dem Gerichts-Herrn / als ihnen selbsten vorgehet / über sothane Gütter und Häuser empfangen / und ein gewisses Leyhe Geld davon entrichten müssen / wie solches alles zumal unstreitig ist / und in keinen Zweiffel gezogen werden kan; Gleichwie dann solcher Gestalten der Eigenthum alles des jenigen / was die Bauern einhaben und besitzen / denen Burg-Herrn dieses Adelichen Hauses jederzeit zugestanden / und Herrn Klägern anjetzo noch zustehet / also ist es auch an deme / daß sie / und nunmehro auch er in dessen Ansehung zu allen und jeden Frohnen / und also auch zu denen Bau-Diensten berechtiget seye.; Manifesta siquidem differentia inter dominium & jurisdictionem intercedit, ut quamvis operæ hujus fructus non sint, utique tamen illius intuitu debeantur & exigi possint, uti post Baldum, Decium & alios docuit

Mevius *Conf. 3. n. 119. & seqq.*

neque citra rationem, dominium enim in ipsam rei substantiam directum atque comparatum est,

arg. *L. & an eandem. 14. §. 2. de except. rei judic.*
L. sed et si lege. 25. §. 11. de hered. petit.

hæc autem sicut Domino manet salva, & ab eâ, quicquid Rustici detinent, dependet, ita etiam rationi conveniens est, ut huic, & quod illam afficit, dominio, tanquam rerum possessarum sustentaculo, operarum præstationem substernant;

arg. *L. secundum. 10. de R. J.*

præcipuè cum operæ quidem præstentur à personis, attamen contemplatione rerum, quas beneficio atque concessione domini possident,

Klock. *Conf. 10. n. 370. & 373. tom. 1.*

Econtra verò jurisdictio non tam substantiam, quàm accidentia rerum afficit, dum aliâs subditi & rustici salvam quidem retinent proprietatem, certam tamen redituum vel pecuniæ quantitatem præstare obstringuntur,

Pingizer. *Conf. 1. n. 41.*

ubi ita eleganter ait: Jurisdictio est quoddam incorporale distinctum à dominio & proprietate, cum quâ nihil habet commune, cùm nihil prohibeat, civitatem castrum vel rem aliam continentem in se honorem districtum & jurisdictionem esse Principis vel Superioris, quoad jus universitatis, & tamen res sub hoc universo existentes esse liberas quoad proprietatem,

Addat. Besold. *thes. pract. voc.* Frohn-Diensten.
Mevius. *dict. loc. n. 120.*

Atque de hoc etiam exaudiendi sunt, qui volunt, quòd Dominus jurisdictionalis quoad operarum præstationem non habeat intentionem fundatam, sed si eas prætendat, ad earum probationem obstringatur, ceu cum multis citatis statuit

Brunnem. *ad L. unic. C. ne operæ à Collat. exig.*

Scilicet non intelligi potest dominus proprietatis, ceu operarum præstationem deberi, evictum modò, verum potius jurisdictionis, cujus jus circa alia versatur, & proinde ad operas nisi nominatim ipsi concessas haud extenditur.

Nec quicquam moratur Rescriptum in contrarium quippe à nonnullis adductum, in

L. ne quis. 1. C. ut Rustic. ad null. obseq. dev.

Rusticani siquidem, de quibus inibi agitur, non alienos sed proprios colebant agros,

Perez.

Perez. *ad dict. tit. C. n. 1.*

ac proinde mirum non erat, eos à præstatione operarum liberatos fuisse, præprimis quoniam onus capitationis ac annonæ subire coacti alio atque novo onere gravari haud debuerunt;

dict. L. 1.

Rectè proinde distinctio etiam Jure Saxonico recepta huc quadrat inter Dominum jurisdictionalem seu judiciarium, den Gerichts-Herrn / & Dominum proprietatis sive hereditarium den Erb-Herrn / à quo subditi bona sua recognoscunt, ut illi quidem ad operas haud obstringantur, utique verò huic, ut benè & pertinenter isthæc sejungit

Berlich. *part. 2. concl. 65. n. 13. & 14.*

Quibus concordant, quæ notavit

Richter. *Cons. 9. n. 15.*

dum ita scripsit: Operas subditorum solùm Domino hereditario, à quibus Bona sua subditi recognoscunt, præstandas esse;

Add. Carpzov. *J. F. p. 2. const. 52. def. 10.*

Nicht allein aber wird solcher Gestalt Jus exigendarum operarum per 26.
dominium tanquam Jus reale unterstützet / sondern auch Zweytens per tacitam subditorum & rusticorum conventionem, tanquam Jus personale.

Quando enim Dominus Bona vel Prædia rusticis concedit, & cum titulo conductionis vel alio ad eorum usum admittuntur, tacitè sese ad operas illi præstandas obnoxios reddunt, idque in compensationem emolumentorum amplissimorum, quæ exinde percipiunt, uti notabiliter tradunt

Coler. *de Process. Exec. p. 1. c. 9. n. 67.*
Ziegler. *ad aut. prox. Calv. §. Nobiles. n. 52.*
Besold. *Th. Pract. voc.* Frohn-Dienste. *vers. & origo harum.*
Richter. *decis. 98. n. 7.*

in

in tantum ut interesse offerendi haud liberentur,

Coler. *d. loc. n. 75.*

quin potius ad earum præstationem competentibus remediis adigi possint, nisi Bona Domino restituere, vel ad alium unà cum operis transferre, & alibi domicilium ponere velint;

Richter. *d. loc. n. 12.*
Berlich. *p. 1. decis. 65. n. 1. & 7.*

Et sanè quid æquius est, quàm ut operarum præstationi hoc modo supponantur, bona enim, quæ possident, à Castro domini, tanquam re principali, dependent, & quondam ei etiam ratione usus & perceptionis unita fuerunt, certissimo utique indicio, ea cum Castro totam universitatem constituere, & tanquam membra eidem ceu capiti cohærere, membra autem sicut à capite sustinentur, omnemque salutem consequuntur, ita etiam illud defendere, & omnibus modis sive necessitati sive utilitati ejusdem mederi debent,

Klock. *Cons. 20. n. 184. & 185.*

Neque aliâ intentione ac scopo Dominus eos ad proventus & compendia bonorum suorum admisisse, & quasi in viscera universitatis ac districtus recepisse censetur, quàm ut officiis ipsorum negotiis atque operosis, si è re ejus esset, uteretur, & hi obstetricantem manum non minus in colendo quàm operando ipsi assiduè præberent. Unde etiam negotiatores seu operarii necessarii vocantur in

L. si quis. ult. de Nundinis.

27. So kräfftig dann diese beyde unwiderlegliche Gründe die Unterthanen zu den Bau-Diensten verbinden / so sehr wird auch selbigen Drittens ein unverwerfflicher Beweißthum vermittelst des in An. 1624 von damaliger Fürstlicher Regierung aufgesetzten / Ihrer Fürstl. Gnaden Landgraff L. überschickten / und bißhero in Archivo publico verwahrten Gegen-Anschlags beygeleget. Scripturæ enim ex Archivo publico

co prolatæ integram & plenam fidem merentur, perfectamque probationem constituunt, ceu probatur authoritate juris tum Civilis

auth. *ad hæc. ibi: & charta. C. de fid. instrum.*

tùm Canonici,

cap. ad audientiam. ibi: licet non in nostrâ. &c. X. de præscript.

adeò ut etiam probationi, quæ fit per testes, præferantur, & non saltem contra subditos, verum etiam tertios, imo & ipsum fiscum probent,

L. census. 10. de probat.

Bartol. *in L. cunctos. 1. quæst. 7. C. de summ. Trinit.*

Fritsch. *tract. de Jur. Arch. & Cancell. cap. 7. n. 51. ubi plures in consensum adducit.*

vimque suam etiam extra territorium extendant,

Fritsch. *dict. loc.*

Licet alii dissentiant, quibus se cumprimis sociant,

Tartangus *cons. 16. n. 5. & seqq. tit. 5. & cons. 138. num. 5. tit. 5.*

Cravett. *consil. 274. n. 6.*

momentis verò relevantibus & ponderosis retunduntur à

Ruttgero Ruland. *tr. de Commissar. & Commiss. part. 2. cap. 5. n. 1. & multis seqq.*

Und obwol Vierdtens solcher dem Vorgeben nach in einer blosen Copey oder Abschrifft bestehet / viele aber dahin incliniren / quòd Copia seu exemplum in Archivo publico reconditum eandem cum Scripturis authenticis fidem haud inducat; 28.

Pruckmann. *cons. 45. n. 17. vol. 1.*

Bertrand. *cons. 7. & 28. lib. 1.*

Welchem auch novissimè beyschlägt

Struv. *Exerc. 28. th. 31.*

additâ ratione, quòd sola custodia & locus ad fidem Scripturæ amplius nil conferat;

So wird doch solche Meynung von andern mit mehrerem Nachtruck widersprochen / tum quòd locus Archivi ob authoritatem ejus, qui potestatem Archivi habet, probationis sit vehiculum, ut benè observat

Ruland. *dict. p. 2. cap. 5. n. 11.*

tum quòd citata loca ex Jure Civili & Canonico inter Originale & exemplum non distinguant, rectè animadvertente

Ummio *disp. 17. ad Process. th. 2. num. 9. sub fin.*

ubi autem Leges non distinguunt, nec nostrum est distinguere;

L. de pretio. 8. de publ. in rem act.

Atque ita tenent in consiliis

Vultejus *Cons. Marp. 11. n. 168. & 169. vol. 4.*
Klock. *cons. 8. n. 2. tom. 1.*
Bellous *Cons. 57. n. 12.*

ubi ita scribit: Tamen hoc limitatur, ut non procedat in exemplo reperto in Archivo publico, ut moderni omnes sequuntur, quia tale exemplum facit fidem;

In Decisionibus;

Trentacinquius *de fid. Instrum. resolut. 8.*
Carpzov. *p. 2. decis. 125. n. 26. seqq.*
Cacheran. *decis. Pedemont. 79. n. 4. & seqq. ubi multa elegantia hanc in rem cumulat.*

In Tractibus denique

Gilhausen *Arb. Judic. Civ. cap. 6. part. 2. de Instrum. n. 32. & multis seqq.*
Althus. *lib. 3. dicæol. cap. 41. n. 26.*
Coler. *de Process. Exec. p. 3. cap. 1. n. 23. seqq.*

Nebst

Nebst deme ist hier wohl in acht zu nehmen / daß allhier nicht die Frage seye de Instrumento apud Judicem producto, quod ab originali sit descriptum, & inter acta judicii reperiatur, de quo videri potest 29.

Mynsinger. *cent. 6. obs. 75. n. 1.*

sondern vielmehr von einem solchen / welches die Fürstl. Regierung selbsten aufgesetzet / vermög der hohen Jhro mitgetheilten Authorität kräfftiglich bestärcket / und dessen Abschrifft zum ewigen Gedächtnus bey sich behalten und hinterleget hat; Quando autem personæ publicæ, & quidem tales, quæ ipsum Principem repræsentant, Instrumentum conficiunt, ejusque exemplum in perpetuam rei memoriam Cancellariæ inserunt, tum pro publico habetur Instrumento, & plenè probat, uti directè comprobant

Umm. *dict. Disp. 17. th. 2. n. 9. in fin.*
Klock. *cons. 101. n. 162. tom. 3.*
Cacheran. *decis. 69. n. 5. & seqq.*

Einfolglich Fünfftens solches zumal nicht pro nudâ copiâ, sondern vielmehr pro vero originali zu halten / wie nachtrücklich bemercket 30.

Mynsinger. *cent. 6. obs. 74. n. 3.*

ubi ita scribit: Deinde probat exemplum absque Judicis authoritate traductum, si ab eodem descriptum sit, qui & ipsum Originale conficere jussus fuerat, & tale rectè Originale dici potest, cùm & eadem persona eademque authoritas, quæ Scripturæ fidem addit.

Nachdeme dann an Seiten hochgedachter Regierung gemachten Auffsatz / beydes das jenige Original, so dero Zeit Jhro Fürstl. Gnaden Herrn Landgraff L. zugeschicket / und diese Abschrifft / so der Herr Kläger bey Erkauffung dieses Guts erhalten / gemacht und verfertiget worden / so kan im geringsten hieran nicht gezweiffelt werden / quæ enim unum habent principium, eandemque materiam, ejusdem quoque virtutis & efficaciæ reputantur, 31.

 arg.

arg. *L. unic. de impon. lucr. descript.*

In mehrerer Erwegung / quòd Judicis præsentia multò magis ergò conceptio plenam authoritatem tribuat;

L. omnium. 19. C. de Testam.

adeò ut ab eo factum sub publico testimonio fieri dicatur;

L. unic. §. 10. C. de latin. lib. tollend.

& ne quidem subscriptionem testium desideret;

arg. *L. Scripturas. 11. C. qui potior. in pign.*

Superfluum enim dicitur privatum testimonium, quando publica monumenta sufficiunt;

L. si donatio. 5. ubi Bartol. *C. de donat.*

32. Zumal da Sechstens die Uberschrifft dieses Anschlags zeiget / daß solcher im Majo des 1624. Jahrs und dergestalt für 68. Jahren verfasset / desto weniger aber wegen sothaner Länge der Zeit in einigen Zweiffel gezogen / sondern vielmehr zu einem kräfftigen und unüberwündlichen Beweißthum angezogen werden könne. Exemplum enim ex Archivo publico prolatum plenam ac indubitatam facit fidem, quando antiquitate temporis est munitum: Cùm enim privata etiam Scriptura in Archivo reperta concurrente temporis antiquitate probet, ut tradit

Cravetta *cons. 274. n. 6.*

multò magis probabit ea, quæ à Consilio tam illustri erecta, in Archivo Principis recondita, & hoc ipso publica effecta est;

Klock. *cons. 101. n. 162. tom. 3.*

ubi ita pertinenter scribit: Quantò magis huic Scripturæ ab Officiali publicè ad hoc deputato conscriptæ, & in publicis locis, Archivo nempe Principis & penes Judicia repertæ, plena fides adhibenda erit, maximè cùm per longissimi temporis spatium in iis asservata fuerit.

In Documentis siquidem antiquitas idem præstat, quod recognitio

cognitio, & publicè intereſt, antiqua ſervari nec in dubium vocari;

Gail. *lib. 2. obſ. 71.*

Tametſi de citatione partis haud conſtet, aliisve ſolennitatibus, quæ aliâs ad ejus ſubſiſtentiam efflagitantur,

Mynſing. *cent. 6. obſ. 75. n. 2.*
Althuſ. *lib. 3. dicæol. cap. 44. n. 21.*

cùm in antiquioribus etiam leves probationes admittantur, nec plenæ deſiderentur;

Portius *conſ. 39. n. 10.*
Mevius *conſ. 2. n. 24. & conſ. 3. n. 6.*

Antiquitate quippe multis notabilibus privilegiis ſtipatâ,

Manz. *Special. Jur. Comm. 102. Antiquitas præfat.*

& legis ſpeciem quodammodo repræſentante,

L. ſi cui aqua. 1. §. ult. L. in ſumma. 2. pr. de aq. & aq. pluv. arcend. act.

nec non conſtituti;

Garratus *Conſ. 38. n. 7.*

Tum autem verſamur in antiquis, quando excedimus quadraginta vel quinquaginta annos, uti in terminis cum citatis ingeminat

Everhard. *Conſ. 107. n. 9.*

Atque hanc ſententiam communem eſſe teſtantur

Felinus. *in cap. Albericus. 43. X. de Teſtib. circ. fin.*
Gœdd. *Conſ. Marp. 28. n. 289. vol. 1.*
Richter. *Conſ. 429. n. 8. vol. 2.*

& ſecundum eam in cauſa Maynß contra Erfurth pronunciatum fuiſſe commemorat

Ruland. *d. tr. part. 2. lib. 5. cap. 8. n. 1. lit. A.*

Welches dann 7.) deſto mehr gelten muß / weil in denen jenigen 33.
Stücken / ſo à Noſtris insgemein hierbey erfordert werden / zumal

kein Mangel erscheinet. Ratione causæ efficientis enim in rubrica hujus documenti se statim exhibent authores, dum in veram rei gestæ fidem expressum legitur, Consiliarios Principis, qui tum temporis fuerint M. illud confecisse, & copia ejus retentâ, originale Domino Ludovico H. Landgravio transmisisse. Ad hoc enim, ut talis Scriptura valeat, præcisè de scripti Authore constare debet, secundum

Bartolum *in auth. sed si contractus. C. de fide instrum.*
Cravettam *de Antiq. temp. part. 1. §. viso. n. 3. seqq.*

34. Ingleichen 8.) zeiget sich ratione Subjecti recipientis nicht allein locus publicus in genere, indeme es in eine von Lands-Fürstl. hoher Obrigkeit angeordnete / und mit verschiedenen Räthen bestellte Regierung reponiret und hinterleget. Maximè enim & in gradu eminenti dicitur locus publicus, quem Princeps virtute Superioritatis & Regalium justitiæ administrandæ certisque provinciis ipsius nomine regendis destinavit;

arg. *L. jus. pen. de J. & J.*
2. Feud. 56. ibi: *potestas constituendorum Magistratuum ad expediendam justitiam.*
Ruland. *dict. p. 2. lib. 5. cap. 4. n. 26. & 27.*
Seckendorff. teutscher Fürsten-Staat. *part. 2. c. 5.*

35. Sondern auch 9.) in specie talis, in quo Instrumenta recipi, & ita instructum Archivum haberi solet. Ejusmodi enim locum similiter requiri advertit;

Goedd. *dict. Cons. 28. n. 290. vol. 1.*

Plusquam autem certum est & expeditum, Principes Imperii non saltem jus Archivi habere,

Sprenger. *de Jur. publ. cap. 8. princip.*
Sueder. *Introd. in jus publ. part. special. sect. 2. c. 13. n. 14.*
Ruland. *dict. loc.*

verum etiam in Cancellariâ hâc H. Formale ejusmodi Archivum sive

ſive Scrinium, ut vocatur in

L. omnium. 19. C. de Teſtam.

haberi & inſtitutum eſſe, cum non ſaltem certus cuſtos Archiota ſeu Archivarius eidem ſit præfectus, quem itidem deſiderari Teſtes ſunt

Goedd. *cit. loc.*

Ludovici *deciſ. Peruſin. 115. n. 20.*

verum etiam quævis monumenta atque documenta literaria, tum Regalia ſive Privilegia ac gubernationem, tum etiam Subditorum cauſas concernentia & Acta Judicialia poſteritati atque memoriæ ſubſervientia inibi ſollicitè aſſerventur;

Sueder. *dict. loc. n. 15.*

Uber das 10.) ſothaner Anſchlag ratione Formæ dergeſtalt eingerichtet / daß alle und jede hierzu erforderte Eigenſchafften ſattſam dabey zu verſpüren / non enim duntaxat continet Annum & Diem, 36.
verum etiam acuratam caſtri nobilis & patrimonialis S. & omnium tum bonorum tum jurium ad illud pertinentium deſcriptionem: Singulis autem ex aſſe ſpecificatis & per partes atque ſpecies deductis ac declaratis infallibilis veritas apparere poteſt;

arg. *L. argentarius. 10. §. 1. ibi à capite. de Edendo.*
Weſenb. *Conſil. 47. n. 14.*
Möller. *Semeſtr. 4. cap. 37. n. 1.*

& formâ rei ſervatâ ac inductâ nihil eſt, quod effectum remorari poſſit;

arg. *L. cum Servus. 82. in fin. de cond. & demonſt.*

Welchem allem dann nach 11.) kein Zweiffel / daß dieſem Anſchlag im geringſten nichts entgegen ſtehe / wordurch deßen nachtrücklicher Beweißthum entkräfftet werden könne; Quando enim in Cancellariâ communi tanquam loco authoritate publicâ deputato reponi ſolent Scripturæ publicæ & authenticæ, tum qualitas loci, præſertim omnibus requiſitis modò recenſitis concurrentibus, ſupplet 37.

plet fidem Scripturæ publicæ, illique tribuit effectum Instrumenti publici, ceu in terminis apposité cum Nicolao Januâ scribit

Besold. *Conf. 246. n. 63.*

38. So daß 12.) vergeblich und invitâ jurisprudentiâ extrinseca ejus probatio erfordert wird;

Myler. *tr. de statib. Imper. Cap. 27. n. 5.*
Fritsch. *tr. de Archivis. cap. 7. n. 58.*

cùm in vulgus notum sit, Instrumentum publicum tantâ loci & personarum authoritate munitum nullâ probatione indigere;

L. scripturas. 11. C. qui pot. in pign.
Carpzov. *de process. tit. 14. art. 2. n. 17.*

39. Und dahero 13.) weil dessen Buchstablicher Innhalt die Bau-Diensten unter die An- und Zugehörungen dieses Guts mit nachfolgenden Worten austrücklich rechnet pag. 1. in fin. **Zu vorgesetzten Bäuen miteinander müssen die Bauern im Dorff S. alle Bau-Dienste würcklichen leisten.** Pro conjunctis enim sive pertinentiis castri sine dubio reputantur, quæ in Instrumento specialiter expressa reperiuntur,

Decius. *Conf. 517. n. 9.*

Selbiger billich bey seinem klaren Wort-Verstand gelassen / Instrumenta siquidem publica nullam extraneam interpretationem admittunt, sed eam tantum, quæ ex ipsissimis verbis resultat,

Bald. *ad L. probationem. 21. C. de probat.*

ubi enim perspicuæ scripturæ dispositio adest, omne dubium cessare solet;

L. Gallus. 29. §. 7. de lib. & posth. hered. instit.

& hominis interpretatio excluditur, quando plenus ejusdem intellectus prostat,

arg. *L. non dubium. 5. C. de LL.*

und darnach gesprochen werden muß / Instrumentum enim quod aperté

pertè cantat, sine ullâ morâ exequendum erit;

Cap. Rudolphus. 35. X. de Rescript.
Cap. ult. X. de probat.
Portius *Cons. 22. n. 6.*

cùm pertinentiæ ejusdem juris habeantur, cujus sunt ea, quibus cohærent & adjacent,

L. jam hoc jure. 3. princ. de vulg. & pupill. subst.
cap. translato. 3. X. de constit.
Knichen. *de subl. ter. jure. cap. 3. n. 100. & seqq.*

Inmassen sonsten 14.) sothaner Auffsatz contra mentem scriben- 40.
tium sive disponentium des jenigen Zwecks / so hierbey ein so löbliches Corpus intendiret / und durch seine grosse Authorität bestärcket / nicht wenig entsetzet würde / præterquam autem quod verba clara intentioni servire, eamque assequi debeant;

Vultej. *Cons. Marp. 15. n. 45. vol. 1.*

& verba clara non admittant veritatis quæstionem,

Portius *cons. 38. n. 18.*

verborum siquidem qualitate expressâ, nullum majus & efficacius mentis nostræ testimonium est;

Besold. *cons. 8. n. 22. in fin.*

Non possunt vellicari ea, quæ à Corpore tam illustri assertivè firmata, & inexpugnabili testimonio roborata sunt, cùm integrum sit judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur;

cap. prudentiam. 21. X. de offic. & potest. jud. deleg.

Bevorab da 15.) selbiger ad jussum Principis & Domini Terri- 41.
torialis zu Papier bracht / und demselben zu erforderter Nachricht gen Hoff überschickt worden / quæ autem ad jussum Principis facta sunt, maximâ deliberatione atque inquisitione facta censentur, ac proinde nullius disputationi atque elusioni subjacere debent;

Klock. *cons. 102. n. 199. tom. 3.*

42. Und ist unter dem jenigen / was jedesmal nach Hoff geschicket / und hingegen in das Archiv reponiret wird / ratione contextus, materiæ & contentorum zumal kein Unterscheid / sondern allein ratione modi, indem jenes unterschrieben / und mit dem gewöhnlichen Cantzley-Siegel bestärcket / dieses aber allein mit einer gewissen Inscription oder Rubric, was es in sich begreiffe / von weme es herrühre / und wann solches abgeschicket worden / versehen wird / und gleichwohl hat es mit jenem gleichmäßige Krafft und Authorität / wie in terminis terminantibus cum multis Dd. darthut und erweiset

Everhard. *cons. 130. n. 20.*

Sic enim habent ipsius verba : Scriptura sive ordinatio licet non sit subscripta, nec habeat sigillum appositum, tamen plenam facit fidem absque aliâ comparatione vel approbatione, ex quo extracta est ex Archivis publicis, & ab antiquissimo tempore.

Quo & facit, quod modo non absimili tradit

Ruland. *dict. tract. part. 2. lib. 5. cap. 8. n. 1. lit. A.*

dum ait : Scriptura sumpta ex Archivo publico plenè probat, etiam careat subscriptione Notarii testibus, & aliis solennibus publici Instrumenti : *paulò post addens*, id etiam de stylo Cameræ obtinere, ac Decisiones Camerales confirmare.

43. Ferner da 16.) bekandt / daß die jenige / so in Officio atque Regimine succediren / was von denen Antecessoribus bezeuget / aufgerichtet und bestärcket / forters dem Lands-Fürsten überschicket / und von selbigem es dabey gelassen worden / allerdings beobachten und handhaben müssen / non enim Successores in Officio Antecessorum facta & confessiones impugnare, sed sollicitè servare teneri, post Baldum, Decianum, Rolandum à Valle & Canonistas asseverat

Gœdd. *Cons. Marp. 37. n. 171. vol. 4.*

Quod & apertè comprobat textus in consensum ab eo adductus in

cap. decessorum. 19. caus. 25. quæst. 2.

Wie

Wie wollten sich dann die Adversarii, cùm solùm obsequii gloria 44.
ipsis sit relicta, diesen Anschlag anzufechten / und allerhand theils unanlängliche / theils seltzame Vorwändte dargegen einzustreuen sich gelüsten lassen / quod enim Superiori non licet, multò minus licebit inferiori,

arg. *cap. cum inferior. 16. X. de major. & obed.*

Gestalt auch 17.) eben hierdurch der Grund- und Gerichts-Herrn 45.
zu S. habende Befugnus die Bau-Dienste zu fördern offenbahr declariret / und daß selbige ihnen jederzeit zugestanden / zu ihrer stätigen und unverwelcklichen Nachricht aufgesetzt und judicialiter confirmiret worden; Sicut enim ea, quæ à Judice, & cumprimis tota Cancellariâ fiunt & asseruntur, juris alicui competentis declarationem continet,

L. sicut autem. 8. §. 4. si servit. vindic.

ita etiam huic semel factæ constanter inhærendum, neque jus alicui quæsitum ei invito auferendum.

L. si reus. ult. de Pact. §. ult. de his qui sui vel alien. jur. sunt.

Garratus *cons. 29. n. 2.*

Weswegen 18.) ermeldte Gerichts-Herrn und nunmehro auch 46.
Herr Cajus ohne Unterscheid alle und jede Bau-Dienste / so nur zu Behuff der Burg zu ermeldten S. und allen dazu gehörigen Gebäuen nöthig / zu fordern berechtiget sind / qui enim omne dicit, nil penitus excludit;

L. Juliano. 68. princ. de Legat. 3.

Richter. *cons. 291. n. 4. vol. 2.*

Est enim nota universalitatis, & quicquid sub eâ comprehendi & concipi potest, ambitu suo includit,

Wesenb. *cons. 93. n. 6. vol. 1.*

Imò tantæ est potentiæ, ut etiam id tollat, quod aliâs à jure erat dispositum & concessum;

 Klock.

Klock. *cons. 102. n. 31. tom. 3.*

cum salvâ recti sermonis ratione, id quod universaliter prolatum, inflecti & restringi non possit;

Pingizer. *cons. 7. n. 28.*

cumprimis cum verbum: Müssen / in nostro Documento apertè addatur, verbum autem, oportet, propriè necessitatem importat, ut notat

Gloss. *ad proëm. Instit. princ.*

Strauch. *de Adverb. voce: Oportet.*

47. Dahero auch 19.) nicht einmal nöthig gewesen / alle und jede Arten der Bau-Diensten auszudrücken / und diesem Anschlag einzuverleiben / tum quòd tædiosum sit ac molestum, omnia genera specialiter exprimere, tùm quod indoles ac natura sit collectivorum ac universalium omnia includere, quæ non specificè docentur excepta seu exclusa, ut docet eleganter

Pingizer. *cons. 1. n. 28.*

adeò ut etiam ea, quæ excogitari possunt, includantur;

Cravetta *Cons. 294. n. 1.*

signum siquidem universale includit tàm actus & jura nominata, quàm innominata, benè innuente

Curtio Jun. *Cons. 139. n. 5.*

48. Anerwogen / daß auch 20.) particula emphatica & realis exercitii illativa: Würcklich / in sothanen Anschlag zu finden / um dadurch zu verstehen zu geben / non solum jus exigendi operas ad exstruenda & conservanda ædificia necessarias ac utiles Domino hujus Castri competere, verum etiam eos hactenus in actuali possessione atque exercitio istarum operarum fuisse atque etiamnum esse, ut dicitur in Rat. Decid. 25. dictio enim, Würcklich / nil aliud importat, quàm actum exercitium atque possessionem,

arg. *L. qui acta. 1. de offic. procur. Cæsar.*

& pro-

& propterea sine virtute operandi esse non debet;

Everhard. *Cons. 25. n. 9.*

Vultej. *Cons. Marpurg. 21. n. 55. vol. 3.*

licet materia subsit odiosa, ut ampliant

Klock. *Cons. 182. n. 535. tom. 3.*

Pingizer. *Cons. 4. n. 25.*

Neque verisimile est Regiminis Illustris Consiliarios actus vel prorsus nullos, vel saltem ex parte Rusticorum voluntarios indigitare voluisse, cùm actus per se nulli vel etiam qui prorsus haud intervenerint, nequaquam confirmentur, multò minus verò Viri in sublimi statione constituti & jurati de iis testificentur;

Pfeil. *Cons. 78. n. 137.*

præprimis cùm juris sit, ut actus potius ex necessariâ, quàm voluntariâ causâ gesti censeantur;

Richter. *Cons. 297. n. 38. vol. 2.*

Und seynd 21.) sothane Actus um so kräfftiger und nachtrücklicher/ 49.
weil solche allschon vor einer so geraumer Zeit / und über Menschen Gedencken vorgangen / und deßwegen nicht einmal mehr von ihrer Art und Eigenschafft zu fragen ist / actus enim ante hominum memoriam gesti licitè gesti censentur;

Goedd. *Cons. 37. n. 735. vol. 4.*

ita ut de eorum qualitate amplius quæri non debeat;

Klock. *Cons. 182. n. 63. tom. 3.*

Wann man auch hierneben 22.) wol erweget / daß Ihro Durch- 50.
lauchtigkeit die Hoch-Fürstl. Frau Verkäufferin und Cedentin sich auf diesen Anschlag in dem dem Herrn Klägern ertheilten Kauf-Brief und Cession mit nachfolgenden Worten: Nach Besag eines in Anno 1624. im Majo von Fürstl. Regierung zu M. aufgerichteten so genannten Anschlag sich finden mögten / austrücklich bezogen / und dardurch selbigen allerdings bestättiget / über das auch noch weiter den Käuffer und Cessionarium deßen Erben und Erbnehmen bey solchem

 verkauff-

verkaufften und überlaßenen Güttern / deren Freyheiten / Recht und Gerechtigkeiten zu schützen und zu schirmen sich gnädigst erkläret / so wird ja verhoffentlich niemand sich erkühnen / sothanen Anschlag dessen Authorität und Nachtruck in einigen Zweiffel zu ziehen / noch auch die darinnen zugleich mit Nahmen ausgedruckte Bau-Dienste contra apertam Serenissimæ intentionem dem Herrn Klägern zu disputiren. Maßen eben dadurch daß die Hoch-Fürstl. Frau Verkäufferin und Cedentin nach diesem aus dem Cantzley-Archiv erhobenen und dahero kräfftig bestehenden Anschlag / als nach einer gewissen Norm, den Kauf-Brief und Cession einrichten / selbigen nebst dem Anschlag dem Käuffer einhändigen / und ihme darauf Versicherung thun lassen / hat sie solchen dergestalt bekräfftiget / daß er nicht minder als der Kauf-Brief selbsten bestehet / und dahero selbigen anzufechten sich niemand unterfangen darf. Quando enim Instrumentum se expresse ad aliud refert, & relatum claram facti & juris delineationem complectitur, tum relatum easdem vires habet cum referente

Felin. *in cap. Epistolæ verbis. X. de probat. n. 26.*

in tantum, ut si à Principe fiat, non solùm inter contrahentes, verum alios probet, tametsi relatum, quod tamen hîc adest, non producatur, ut in terminis insinuat

Berlich. *part. 1. concl. 43. n. 15.*

Principis sanè tanta est potentia, ut omnem defectum solennitatis, formæ, personæ aliumve suppleat, verba sunt

Manzii *special. Jur. commun. voc. Principis indulgentia. in præfat.*

Quidni ergò hanc scripturam nullo defectu laborantem, sed ex dictis rationibus jamtum satis validam, & relevantem summâ suâ authoritate comprobare poterit? Præcipuè cum duo requisita, quæ ad Principis confirmationem juxta Nostrorum sententiam desiderantur, apertè hoc loco deprehendantur, puta ut res confirmata specificè in confirmatione exprimatur;

Gœdd. *Conf. Marp. 16. n. 104. vol. 4.*

deinde

deinde ut à Principe eâ mente fiat, ut commemoratum valere debeat;

Mevius *Conf. 71. n. 23.*

Quibus intervenientibus adeò confirmatum subsistit, ut ne quidem admittat probationem in contrarium,

Everhard. *Conf. 2. n. 9.*

Gleichwie nun die Hoch-Fürstl. Frau Verkäufferin und Cedentin den 51.
Herrn Käuffern bey dem Kauffe selbsten angezeigter massen schützen will / also ist auch ihre gnädigste Intention, ihn bey dem jenigen / was sothanen Kauf anhängig / und darauf sich derselbe mit so klaren Buchstaben beziehet / zu handhaben / keines Weges aber nachzugeben / daß jemand im geringsten selbigem widersprechen / deßen Innhalt bestreiten und auf einige Weise anfechten möge / relatum enim sicut pars ipsius referentis est, & in referente continetur;

Tartangus *Conf. 35. n. 8. lib. 4.*
Portius *Conf. 8. n. 6.*

ita quoque ejusdem naturæ, virtutis & efficaciæ est,

Vultej. *Conf. Marp. 23. vol. 4.*

ac proinde quando in Instrumento principali pertinentiæ atque jura, quæ alio in Instrumento continentur, specialiter & nominatim exprimuntur, tunc regulanda & metienda sunt à suo Principali;

arg. *L. quæ religiosis. 43. de R. V.*
Klock. *Conf. 42. n. 9. tom. 1.*

Sonderlich da 23.) der Herr Kläger eben in Ansehung dieses Anschlags / als worinnen das Gut S. mit allen seinen Zugehörungen und Gerechtigkeiten so umständlich beschrieben worden / den Kauf angetretten / und dahero Ihro Hoch-Fürstl. Durchl. als Verkäufferin und Cedentin nicht wenig empfinden würden / wann Ihro vorkommen sollte / daß nunmehr darbey ex adverso ihme ein und anderer Zweiffel erregt / und dadurch nicht geringer Unlust zugefügt werden wollte.

wollte. Quemadmodum enim Serenissima unâ cum Castro S. etiam omnes pertinentias & jura eidem connexa, in Scriptura sæpius nominata, expressâ Emptori vendere & cedere voluit, Emptor etiam intuitu ac contemplatione eorum ad contractum acessit, hocque modo utriusque voluntas in contrahendo apertè concurrit;

L. in omnibus. 55. de O. & A.

ita sanè non parum vis, robur ac scopus hujus emptionis labefactaretur, si quicquam ex pertinentiis sanè prorsus liquidis in controversiam vocaretur, & emptor hâc ratione multis molestiis subjiceretur, præprimis, cum quælibet res ita haberi & censeri debeat, uti concedens voluit, & acquirenti tradidit;

L. si sepulchrum destinatis cesserint. 9. C. de Relig. & sumpt. funer.

de pertinentiis siquidem idem statuendum, quod de re ipsâ principali venditâ;

L. notionem. 99. §. 1. de V. S.

adeò ut apprehensâ castri alicujus possessione etiam pertinentiæ ritè apprehensæ intelligantur;

arg. *L. possideri. 3. §. 1. vers. sed sufficit. de A. vel A. P.*
Gail. *lib. 2. obs. 129. n. 6. & 8. & lib. 1. de PP. c. 9. n. 28.*
Richter. *Cons. 27. n. 16. vol. 2.*

53. Wollte man dann 24.) einstreuen / es wären in ersagtem Kauf-Brief nicht alle / sondern nur die herbrachte Bau-Dienste enthalten / und wäre dahero mehr auf diesen als auf den Anschlag zu sehen / seye auch an deme / daß wann gleich Anfangs alle Bau-Dienste ohne Unterscheid geleistet werden müssen / dannoch solches nachgehends geändert worden / und dahero auf sothanen Anschlag ferner kein gewisser Grund gesetzet werden könnte / observantia enim subsecuta omnem dispositionem restringit & moderatur;

Modest. Pistor. *Cons. 25. n. 60.*
Richter. *part. 1. decis. 18. n. 31.*

facit-

facitque ex illicito licitum,

Klock. *Conf. 182. n. 28. tom. 3.*

ita ut ad eam inducendam nulla præscriptio sit necessaria;

Cravetta *Conf. 118. n. 2. Conf. 766. n. 8.*

So ist doch hierauf zu wissen / daß in gegenwärtigem Fall zumal nichts widriges eingeführet worden / auch nicht eingeführet werden können / theils weil der Ursprung und die Eigenschafft dieses Guts und unter andern auch dazu gehörigen Bau-Diensten aus offt-ermeldten Anschlag zur Genüge zu ersehen / quando autem de initio origine & qualitate alicujus juris apertè constat, contraria observantia allegari nequit, cùm tali casu si quid contra factum fuisset, non pro observantiâ, sed illicitâ potius transgressione vel errore haberi debeat, uti in simili specie loquitur 54.

Mevius *Conf. 65. n. 40.*

theils auch weil die Hintersaßen selbsten gestehen / daß sie Bau-Dienste geleistet und abgestattet / quando autem rustici confitentur, se operas præstitisse, tum potius ipsis observantia obstat & omne dubium tollit;

Surdus *Conf. 140. n. 43.*

ita ut si determinata operarum præstatio haud reperiatur, indeterminatæ ex arbitrio domini præstandæ veniant, consuluit

Mevius. *Conf. 66. n. 77.*

Und ist demnach Terminus: Hergebrachte / nicht nota restrictionis sed declarationis anzuzeigen / daß gleichwie gedachter Anschlag aller Bau-Diensten Meldung thut / die Bauern auch solche indeterminatè & sine restrictione geleistet haben / also auch dieselbe dem Herkommen nach / alle und jede ohne Unterscheid zu leisten und abzutragen schuldig und gehalten seyen / quæ enim declarationis causâ exprimuntur, non mutant essentiam aut naturam dispositionis, 55.

Menoch. *Conf. 331. n. 100.*

Roland. *Conf. 15. n. 27. vol. 3.*

 cùm

cùm hæc declaratio ipso facto seu præstatione operarum interposita fuerit, quæ sanè fortissima est, & eam, quæ fit nudis verbis, superare solet;

Gœdd. *Conf. Marp. 25. n. 23. vol. 1.*

accedit quod unum Instrumentum ex alio recipiat interpretationem;

Pingizer *conf. 4. n. 23.*

Ita ut si posterius sit dubium, primum verò clarum & perspicuum, prius tanquam clarum spectari debeat;

Vultej. *Conf. Marp. 29. n. 19. vol. 2.*

Et quando modificata dispositio ad aliam præcedentem sese refert, tum omnia, quæ in dispositione, ad quam fit relatio, continentur, dicuntur propriè contineri in ipsâ modificatâ, referente

Richter. *conf. 120. n. 21. vol. 2.*

56. Wann nun alle und jede bey dieser Sachen vorkommende und bißhero genau untersuchte Umstände / samt denen vielfältig darauf gegründeten Rechtlichen Vorstellungen und Motiven in Betrachtung gezogen / und anbey die Frage angestellet wird / ob des Herrn Klägers Intention in Petitorio zur Genüge und Rechtlicher Gebühr nach dargethan und erwiesen worden / so will verhoffen / es werde ein jeder wohl-gegründeter und cordater Rechts-Gelehrter finden und erkennen / daß an dessen Seiten fundamentum intentionis quoad petitorii causam nicht allein plenè & perfectè, sondern auch in continenti beygebracht und zu Tage geleget worden seye; Quod enim ex publico Instrumento, cujusmodi nostrum esse, hactenus manifestissimè est evictum, constat, in continenti probatum dicitur, ceu cum citatis concludit

Giurba *obs. Messanens. 13. n. 20.*

cùm tale rem liquidam & evidentem, imò apertissimam, notoriam & indisputabilem reddat,

Parisius *conf. 110. n. 95. vol. 1.*

ac

ac probationem probatam faciat,

Posth. *decis. Rot. Roman. 186. n. 4. & decis. 178. n. 1.*

præsertim si versemur in antiquis,

Gœdd. *Cons. Marp. 32. n. 202. vol. 2.*

adeò ut omnem fori disceptationem penitus sopiat & excludat,

Ludovic. *decis. Perusin. 26. n. 13.*

Wird dann dergestalt causa Petitorii klar beschienen und erwiesen / so 57.
wird vergeblich de Possessorio gehandelt / causa enim Petitorii in apricum producta trahit ad se possessorium, illudque absorbet;

Cœpoll. *cons. 59. n. 12. lib. 1.*

Eberhard. *cons. 21. n. 3.*

de Petitorio enim si res plana quiescere debet Possessorium,

Mevius *p. 6. decis. 100.*

Ita ut Judex super Petitorio factâ ejusdem deductione & probatione pronunciare teneatur;

Natta *cons. 289. n. 11.*

Cravetta *cons. 248. n. 5.*

Nichts desto weniger / und weil 25.) so wohl vermög offt-ersag- 58.
ten Anschlags / wie allbereit in Ratione Decidendi 20. angeführet / als auch der Hintersassen eigener Gestandnus die Bau-Dienste würcklich geleistet worden / so erhellet von selbsten / daß des Herrn Klägers Intention nicht minder in Possessorio gegründet und rechtlich unterstützet seye / und dahero der Herr Kläger justitiam facti in Petitorio factum autem ipsum in Possessorio vor sich habe / constat enim actorem utrumque Judicium & petitorium & possessorium in corporalibus intentare posse,

Posth. *obs. 7. n. 85. & decis. Rot. Roman. 341. n. 7.*

Ita ut in utroque simul pronunciari possit ac debeat;

cap. susceptis. 1. X. de caus. possess. & propriet.

Virginius de Boccatiis *tr. de Manul. cap. 17. n. 12.*

Utrumque autem in præsenti specie duabus iisque validissimis probationibus evincitur, nimirum Instrumento ex Archivo publico prolato, & propterea publico, nec non propriâ ac spontaneâ adversariorum confessione. Tale autem Instrumentum indubitatam facere fidem, omneque dubium excludere, sufficienter ostensum; Adeò ut Instrumentum antiquum, cujusmodi præsens est, plenè probet possessionem, etiam in tertii præjudicium, eleganter observante

Klockio *cons. 61. n. 90. & 91. tom. 2.*

Et nulla probatio fortior, quam quæ ex confessione partis adversæ resultat;

Barbos. *locuplet. lib. 4. cap. 44. art. 12.*
Portius *cens. 66. n. 2.*

59. Wie dann auch 26.) hieraus die Länge sothaner Possession und daß denen Burg-Herrn die Burg-Dienste von vielen langen Jahren her abgestattet worden / offenbahr erhärtet wird / possessio autem antiqua habet vim privilegii, imò & publici Instrumenti;

Richter. *Cons. 159. n. 4. vol. 2.*

semperque continuata censetur, & justitiam habere permanentem;

Richter. *d. loc. n. 5.*

cùm ex possessione præteritâ inferatur ad possessionem de præsenti & in futurum,

L. possidetis. 16. ubi Gloss. Barb. & Dd. *C. de probat.*

ita ut qui probat initium possessionis, censeatur etiam hodie possessor,

Portius *de resign. benef. lib. 3. q. 6. n. 67.*

60. Und ob gleich 27.) und Letztens sothane der Gegentheilen confessio qualificata ist / indeme sie vorgeben / sie hätten die Bau-Dienste Bitts-Weise verrichtet / und von einem Burg-Herrn Namens C. darüber

über einen Schein erhalten / welchen sie aber in Kriegs-Wesen wiederum verlohren hätten / so ist doch bekannt / quod confessio separata continens capita separari possit;

arg. *L. etiam. 29. de minor.*

auch sothane exceptio precarii in possessorio summariissimo keines Weges zugelassen werde;

Posth. *tr. de Manut. obs. 42. n. 125.*
Mev. *part. 9. decis. 117.*

Neben dem ist in gegenwärtigem Fall zugleich causa petitorii plenè 61.
& perfectè dargethan und beschienen worden / quando autem de petitorio certa planè res est, tum possessio actoris subitò declaranda ipsique adjudicanda, cùm frustra de possessione contendatur, ubi de petitorio liquida res est;

Menoch. *remed. retin. 3. n. 809.*

adeò ut id Nostri amplient, quantumvis de possessione ex parte rei liqueat;

Menoch. *d. loc. n. 809. vers. secundus est casus.*
Virginius de Boccatiis *dict. tract. cap. 17. n. 13.*
Mevius *part. 6. decis. 100. n. 3.*

multò magis ergo hoc loco id ipsum obtinebit, eò quòd de pos- 62.
sessione libertatis ab adversarriis prætensâ prorsus non liqueat, neque illi ad juramentum, quo vel libertatem illam asseverent, vel prætensi documenti amissionem probent, admitti possint, testes enim de universitate repelluntur à testimonio, quando commodum vel incommodum in particulari, seu ut singuli sunt inde consecuturi, ut in terminis tradunt

Menoch. *de Arb. Jud. quæst. Cas. 106. n. 13. & 15.*
Posth. *dict. tract. obs. 42. num. 165. & decis. Rot. Roman. 519. n. 10.*

adeò ut ne pro informatione quidem audiri & admitti possint, ut notanter decidit

Mevius *p.5.decis.217.ubi ex Rulando Praxin Supremi Judicii Cameralis subnectit.*

atque ita etiam novissimè consuluit

Mevius *Cons.73.n.18.& 19.*

Et amissio Instrumenti secundum veriorem sententiam juramento haud probetur, teste

Mevio *part.2.decis.283.*

cumprimis quando eam allegans suspicione laborat, ut appositè inculcant

Giurba *decis.Messan.81.n.15.*

Mevius *dict.loc.in fin.*

RESOLUTIO RATIONUM DUBITANDI.

63. WAnn die im Eingang angeführte Rationes Dubitandi, und die darauf nachtrücklich angezogene Rationes Decidendi gegen einander gehalten / und auf das jenige / was so wol in Facto, als Jure bestehet / und der Länge nach angezeigt worden / wol und genau Achtung gegeben wird / so wird sich zeigen / daß jene im geringsten nichts verfangen / ja ohnschwehr aus diesen ihre Gründliche Abfertigung erlangen können; Dann so viel die Erste betrifft / so legen die sub. n. 5.& 15. angezeigte Rationes Decidendi dar / daß sothaner Anschlag nicht pro nudâ Copiâ, sondern vielmehr pro vero Originali zu halten seye; In mehrerer Betrachtung / daß auch sonsten nothwendig folgen müste / es müsten die jenige Documenten, so in das Cantzley-Archiv jedesmal reponiret worden / gleich den jenigen / so nach Hof kommen / von der zeitigen Regierung unterschrieben und untersiegelt werden / quod à stylo & observantiâ Judiciorum & Cancellariarum prorsus abhorret, à quâ nequaquam recedendum,

Lancellot.

Lancellot. *tr. de Attent. p. 2. cap. 20. in Præfat. q. 4. n. 409.*

cum ſit inſtar legis, & practica confirmata

Tabor. Barboſ. *locuplet. lib. 17. c. 54. ax. 1.*

Dem Zweyten begegnet offenbahr ipſa facti diverſitas, ſintemal 64.
allhier nicht die Frage iſt von einem Gerichtlichen Document, deßen Originali bey denen Actis gelaſſen wird / ſondern von einem ſolchen / daß von der Cantzley ſelbſten aufgerichtet / forters in Originali nacher Hof geſchicket / und deßen Abſchrifft cum Rubricâ & Inſcriptione ins Archiv hinterleget worden / welches / daß es concurrentibus requiſitis antea recenſitis kräfftiglich beweiſe / durch die ſub num. 3. & multis ſequentibus, angeführte Rationes Decidendi gründlich gezeiget worden / à diverſis autem nulla fit illatio;

Mevius *Conſ. 50. n. 51.*

cum diverſorum diverſum ſit judicium,

Gratian. *deciſ. 32. n. 8.*

Und hierdurch fället auch der Dritte zu Boden / Regimini enim 65.
tanquam hujus ſcripturæ authori Cancellarius & certi Conſiliarii ſunt præpoſiti, qui omnes tantæ ſunt authoritatis atque dignitatis, ut ipſorum fidei ardua quæque Principis ac Conſilii negotia ſint commiſſa, & per conſequens nulla ſiniſtra ſuſpicio in eos cadere poſſit, ut benè & accommodatè ratiocinatur

Portius *Conſ. 95. n. 16.*

eâque de causâ dici non poſſit nec debeat, Regimen tàm ſublime & illuſtre partibus haud auditis quicquam ſcripſiſſe, & quod magis eſt, Principi ſuo retuliſſe, quod autem non eſt veriſimile, habet imaginem falſitatis,

Alexander *Conſ. 17. vol. 2.*

Richter. *ad cap. tum tamen. 16. X. de teſtib. n. 41.*

& proinde nec credi nec attendi debet,

Cephal. *conſ. 721. n. 48. tit. 5.*

veri-

verisimilitudo enim in negotiis humanis, cumprimis à Collegio tàm illustri factis, æquiparatur veritati,

Mevius *part. 4. decis. 234. n. 8.*

& quidem notabiliter, ut magna alioquin inde emergens absurditas evitetur;

Mevius *cons. 49. n. 3.*

In tantum, ut ne Judex exceptionem admittere teneatur, quæ non est verisimilis;

Tabor. Barbos. *locuplet. lib. 19. cap. 10. ax. 9. in fin.*

66. Hierzu kombt / quod hîc versemur in Facto antiquo, ex antiquitate autem temporis præcessisse citationem conjici solet, ceu cum communi Dd. schola testatur

Mascard. *de Prob. concl. 291. n. 6. & concl. 712. n. 23. & 81.*

Antiquitas enim inducit præsumptionèm solennitatis,

Castrensis *Cons. 47.*

& ex antiquitate omnia præsumuntur solenniter & bonâ fide facta;

Richter. *Cons. 31. n. 155. vol. 1.*

Unde etiam Judex semper debet inspicere Instrumenta antiquiora, & secundum ea de recentioribus judicium facere;

Vultej. *2. Feud. 3. n. 22.*

ne alicui jus ex antiquioribus literis competens auferatur;

Wesenb. *cons. 193. n. 79. part. 4.*

67. Anitzo nicht zu gedencken / daß de citatione partis in dem Anschlag Meldung zu thun nicht einmal nöthig gewesen / weil die Regierung Krafft habender Fürstlicher Commission allein das Hauptwerck / nemlich das Gut S. selbsten samt dessen Güttern und Gerechtigkeiten darinnen beschreiben / was aber dazu nicht gehöret / sondern allein præliminaria sive præcedentia betrifft / in einen dabey absonderlich an den Lands-Fürsten dero Zeit abgelassenen Schreiben zugleich beschrieben

und

und vermeldet / præliminaria siquidem seu præcedentia non in delineatione ipsius negotii, verum potius in epistolâ annexâ commemorari experientia ac Tritura forensis apertè comprobat;

Der Vierdte Einwurff will contra hanc scripturam archivalem & propterea publicam im geringsten nichts verfangen / wie in Ratione Decidendi 3. manifestè gezeiget worden / adeò ut Dd. contrarium statuentes toto cœlo aberrare scribat 67.

Janua, quem allegat Fritsch. *tr. de Jur. Archiv. cap. 7. n. 51.*

Ingleichen ist der Fünffte allein von dem Fall zu verstehen / da die jenige Requisita, so bey einem ex Archivo publico erhobenen Document erfordert werden / nicht zu befinden / welche aber insgesamt bey diesem Anschlag wol zu bemercken / wie in Rat. Decid. 7. & seqq. dargethan worden. 68.

Dem Sechsten Zweiffel kan dahero leichtlich begegnet werden / weil dieser Anschlag jura ac pertinentias prorsus diversas ac separabiles in sich begreiffen / quando autem ex separabilibus diversis & per se subsistentibus quicquam mutatur, totum nequaquam mutatum censetur; 69.

Bursatus *Cons. 100. n. 20. in fin.*
Tartangus *Cons. 14. n. 11. lib. 6.*

à parte siquidem ad totum non valet argumentatio;

Richter. *Cons. 17. n. 44. vol. 2.*

& mutatio qualitatis alicujus non facit rem planè diversam;

Bellonus *Cons. 8. n. 4.*

neque parte subductâ totum pro subducto reputandum;

cap. ad hæc. 1. X. consecr. Eccles.

Mutatum quòd proinde non reperitur, stare non prohibetur;

arg. *L. præcipimus. 32. §. ult. C. de appell.*
Gœdd. *cons. 41. n. 38. vol. 4.*

Der Siebende beruhet auf einem allerdings ungegründeten Facto, worauf zumal nicht /. sondern vielmehr auf der Hintersaßen eigenen 70.

Geständnus / Krafft deren sie die Bau-Dienste geleistet zu haben bekommen / billig gesehen werden muß / wie in Rat. Decid. 25. berühret worden. Und weil in dem Anschlag selbsten der würcklich geleisteten Bau-Diensten gedacht wird/ und dergestalten antecedentia & consequentia übereinkommen / so kan nichts anders als frivolè & ineptè factum contrarium allegiret werden / facta enim subsequentia præstant antecedentibus evidentissimum sustentaculum ac intellectum;

Menoch. *cons. 32. n. 44.*

maximè cum versamur in antiquis, ita ut non requiratur consequentia, sed sufficiat, hoc vel semel, vel iterum factum fuisse, ut demonstrat

Cravetta *Cons. 118. n. 2.*

71. Auf das jenige / was Achtens ex Richtero und denen daselbst angeführten Doctoribus angezogen worden / ist bey gegenwärtigem Fall/ da nicht de Instrumento privato, sondern publico, & quidem ad mandatum Principis confecto, ex Archivo producto, & nunc iterum à Serenissimâ nostra confirmato, zumal nicht zu reflectiren / da die Bau-Dienste mit austrücklichen Worten juxta hactenus deducta darinnen vermeldet worden;

72. Die beym Neunten / Zehenden und Eilfften Zweiffel angeführte Observanz fället aus Widerlegung des Siebenden Grunds / frustra enim contraria observantia allegatur, quando de negotio aliter gesto apertè constat, cùm observantia duntaxat in dubiis, nequaquam verò in claris & in certis allegari possit;

Klock. *cons. 13. n. 63. sub fin. tom. 1.*

73. Weswegen auch das 12.te und 13.te Argument in merâ fragilitate bestehet / dann was ist ungeschickters als sich auf eine Contradiction und darauf gegründete Præscription beruffen / und gleichwohl die Frohn-Dienste geleistet zu haben gestehen und nach zu geben / præscriptio sanè duntaxat contra negligentes, non verò jure suo utentes

tes allegari potest;

L. unic. C. de usucap. transform.

Und gesetzt / daß die Hintersassen je zuweilen keine Bau-Dienste gelei- 74.
stet hätten / so kan doch dardurch keine Præscription erzwungen werden / partim quòd hîc versemur in terminis, ubi jus præstandarum operarum & simul ejus possessio ac exercitium apertè constat, quo casu jus eas imposterum denegandi nequaquam competit;

Mevius *part. 4. decis. 131. n. 3.*

partim quòd exactio sit meræ facultatis, ac proinde nec tempore immemoriali amittatur,

Mev. *dict. loc.*

partim quòd nulla citra possessionem sit præscriptio;

L. sine. 25. de Usur.

Rustici autem libertatis possessionem nequaquam adducere possint, cùm ultrò operarum præstationem sint confessi, partim quod non spectetur, quid omittatur, sed quid debeatur, cum etsi perpetuò non serviant, tamen debiti ratione continuò servire intelligantur, ceu cum Husano ad dubium simile motum respondet

Mevius *cons. 66. n. 81.*

partim denique quod conditio rustica ipsos semper admoneat debiti sui, & propterea semper in malâ fide existant, & ne præsumptam quidem bonam fidem allegare possint;

Mevius *dict. loc. n. 80.*

Mala fides siquidem satis probatur in eo, qui scit, se ad aliquid dandum, præstandum vel faciendum teneri, ut benè refert

Hondedæus *cons. 80. n. 73.*

Der 14.te Einwurff zielet auf ein unerwiesenes Postulatum, ist 75.
auch von deßwegen allerdings unglaublich / weil die Burg-Herrn / Krafft habenden Dominii, und der denen Bauern über ihre Gütter gegebene Leyhe die Bau-Dienste zu fordern jederzeit berechtiget gewesen und noch

 sind /

sind / ut dictum in Rat. Decid. 1. & 2. Tantum autem abest, dominum pretium pro operis soluturum illis, à quibus eas jure exigere potest, cùm nemo jus suum abdicare aut incompatibilia cum illo admittere censeatur;

cap. super hoc. 5. X. de renunc.

Cravetta *cons. 200. n. 10.*

Und findet dahero ein jeder / quod titulus precarii ex parte rusticorum allegatus prorsus sit nullus & invalidus, & propterea nunquam & nullo tempore, imò licet immemoriale effluxerit, allegari possit, ut cum Bellamerâ ostendit novissimè JCtus Neapolitanus

Scoppa *obs. Theor. pract. obs. 152. n. 10.*

76. Ingleichem ist das jenige / was die Gegentheile beym 15.ten Punct angeben / bloßerding falsch und erdicht / denn so viel die geforderte Bau-Dienste anlangt / wie in Facti Specie vermeldet worden / hat sich des Herrn Caji Secretarius mit nichten erbotten / den Hintersaßen künfftig einen Schein von seinem Herrn zu Wege zu bringen / sondern allein ihnen vorgehalten / sie sollten die Bau-Dienste nur verrichten / weil die Sache allbereit von wohlgedachtem Herrn Käuffer klagbar gemacht / und sich bald zeigen würde / daß sie solche zu thun von Rechtswegen gehalten seyen: Betreffend aber die Verfertigung der Latten / so hat gleichfalls gedachter Secretarius in Commissis gehabt / einige hundert machen zu lassen / und sich nach Leuten umzusehen / welche solche um die gebührliche Zahlung machen wollten / dannenhero und weil er endlich denen Hintersaßen vor andern den Gewinn gönnen wollen / hat er sie hierum angesprochen / und dißfalls um einen gewissen Lohn mit ihnen gedungen; Wie boßhafftig nun die Gegentheile hieraus ihr böses halstarriges und höchst-straffbares Beginnen zu besteiffen / und dem Herrn Cajo die Sache schwehr zu machen sich unterfangen / kan ein jeder dahero ersehen / weil die Verfertigung solcher Latten mit denen Bau-Diensten zumal nichts zu thun hat / indem die Bau-Dienste allein in Bau führen / Pferden-Frohnen und Handlangungen bestehen / wie zu sehen beym

Carpzov.

Carpzov. *Jurispr. forens. part. 2. const. 52. per tot.*

Und sollte man dahero sich billig an Seiten derer Hintersaßen entblödet haben / solche ungegründete Dinge auf die Bahn zu bringen / und zu vermeynter Vernichtung daß so offenbahr dem Herrn Burg-Herrn zukommenden Rechtens anzuführen; Ineptus sanè prætextus & quicquid in eo fundatur, prorsus non attendendus, ut in simili concludit

Mevius *d. Consf. 66. n. 79.*

quin potius malitia per illum colorata & causa tergiversandi sollicitè reprimenda & coërcenda, ne alioquin ad iniquum trahatur compendium;

Cap. ex literis. 12. X. de dol. mal.

Der 16. 17. 18. und 19.te Grund liegt zumal nicht im Weg / weil ex Ration. Decid. 1. 2. & 3. genugsam erhellet / daß disseits vera præstandarum operarum fundamenta gründlch beygebracht worden. Und weil man sich auf selbige allein / keines Weges aber auf die Jurisdiction oder Gerichtbarkeit bezogen / so will auch der 20.te zumal nicht im Wege liegen.

Aus denen nach und nach aufgerichteten Cantzley-Recessen und 77. deren Innhalt wird 21.) vergeblich die Gegentheilische Einrede unterstützet; Ein jedes Document muß allein bey dem jenigen / wovon es Meldung thut / gelassen / keines Weges ad exclusionem juris alterius gezogen werden. Inclusio siquidem unius non est exclusio alterius, quando aliâ via atque modo, ut hoc loco diverso Instrumento, aliquid includitur; ut bene monet

Tabor Barbos. *locuplet. lib. 19. cap. 30. axiom. 2. vers. limita- sextò.*

Der 22.) und Letzte Gegensatz ist allschon in Rat. Decid. 1. abge- 78. lehnet / in quibus terminis das entgegen gesetzte Rescriptum rede / gezeiget und daß selbiges ad nostra tempora & præsentis Castri statum sich zumal nicht schicke / dargethan worden / bevorab da bekandt /

quòd operæ ratione dominii à subditorum tum personis tum bonis debeantur, ut præter antea adductos etiam putat

Erhard. *tr. de Oper. Rustic. concl. 19.*

Bleibt es demnach bey allen diesen gründlich gethanen Vorstellungen dabey / daß der Herr Kläger Fundamentum suæ Intentionis so wol in Petitorio als Possessorio vollkommen erwiesen / einfolglich die Beklagte mit ihren Articulis Probatoriis zumal nicht zu hören und zuzulassen / sondern vielmehr gegen sie und für den Herrn Klägern zu sprechen seye.

Vorgesetzte Facti Speciem und angehängtes Rechtliches Bedencken und Responsum, so nebenst einem Anschlag und Kauf-Brief über das Gut S. sub lit. A. und B. Uns zugeschicket / haben wir Ordinarius Senior und andere Doctores der Juristen-Facultät zu Leipzig durchlesen / erwogen / und nach gehaltener Deliberation denen Rechten nach Gelegenheit dieses Falls allenthalben gemäß befunden / auch dahero dasselbe approbiret / und daß hiernach billich zu erkennen seye / erachtet; Zu dessen wahren Uhrkund Wir denn solches mit Unserem gewöhnlichen Facultät-Insiegel hiermit bekräfftigen wollen. Geschehen Leipzig den 15. Febr. 1693.

(L.S.)

Ordinarius Senior und andere Doctores
der Juristen-Facultät in der Universität Leipzig.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XXXIV.

An Opificis inviti ad Collegia opificiaria à Superioribus de Jure adstringi possint?

Ob Handwercks-Leute wider ihren Willen zünfftig zu werden von dem Ober-Herrn mit Recht angehalten werden können?

SUMMARIA.

1. *Actus merè voluntarii alteri nec obligationem nec possessionem tribuunt, adeò ut si libertas hæc restringatur, Mandata sine clausula eo nomine decernantur.* vid. tamen. n. 30.
2. *Quod & Constitutionibus Imperii firmatur.* jung. infra n. 31.
3. *Collegia Opificiaria cur pro odiosis habenda?*
4. *Privilegiorum à superioribus concessorum & juri conformium perpetua est authoritas.*
5. *Longissimi temporis decursus jus firmissimum inducit & libertatis possessio sub prætextu utilitatis opificiariæ nullatenus infringi potest.*
6. *Quando quis scit & patitur, aliquid fieri consentire censetur, præcipuè quando patientia cursum longissimi temporis concomitantem habet.*
7. *Collegiis opificiariis iterum renunciari potest.* ast vid. num. 40. & 41.
8. *Contra naturam est, ut ea, quæ usibus duntaxat propriis commodantur, ab alieno arbitrio dependere debeant.*
9. *Condominium Territorium ad omnes pro indiviso spectat, nec unus condominorum citra reliquorum consensum quicquam statuere potest.* Limitatur tamen num. 45.
10. *Civibus relinquenda professio, ut per artes & mercaturam victum quærant, haud verò opificia in rus trahenda.*

11. *Cùm*

11\. *Cùm hoc etiam sanctionibus Imperii repugnet.*

12\. *Abusus consuetudinum opificiarum deducitur. Melius est, pauca agere cautè, quàm multis interesse periculosè.*

13\. *Collegia opificiaria in quonam consistant?* Zunfft oder Gülden-Brüder *propterea vocantur, quia unius mercimonii Collegæ sunt, unamq́ tribum constituunt.*

14\. *Ab aliis societatibus quomodo Collegia opificiaria differant?*

15\. *Collegia cur sint de genere prohibitorum, & inter crimina extraordinaria referantur?*

16\. *Potestas permittendorum Collegiorum inter Regalia connumeratur.*

17\. *Collegia non ex jure Gentium sed positivo vel etiam moribus & statutis originem habent.*

18\. *Cur Superiorum interventus in collegiorum introductione desideretur, latius declaratur.* jung. n. 21.

19\. *Collegiis quidem semel introductis & approbatis statuta condere licet, quæ tamen à Superioribus ex consilio peritorum vel præscribi vel confirmari solent.*

20\. *In tantum ut ordinationes juribus & utilitati publicæ repugnantes omninò sint abrogandæ?*

21\. *Statuto opificiario à Magistratu nondum confirmato contraveniens à Collegio haudquaquam removendus.*

22\. *Quod ampliatur, etiamsi per mille & plures annos opifices Collegium formaverint, Superioris autem consensum & approbationem haud impetrarint.*

23\. *Magistratus Collegiis à subditis institutis suâ authoritate præesse debet, quod exemplis firmatur.*

24\. *An Dominus Territorialis Collegia opificiaria proprio motu instituere vel instituta extendere possit, disquiritur, & affirmativa solidis rationibus defenditur.* add. infra n. 43.

25\. *Pariter eidem commercia in utilitatem fisci restringere subditosq́ ab illis excludere permissum.*

26\. *Superior cur eâdem facultate circa Collegia opificiaria quâ circa commercia gaudet, pollere debeat?*

27\. *In iis, quæ pari jure censentur,*

paria

paria jura obtinere debent, etiamsi versemur in correctoriis.

28. *Haud tolerandum, si Artifices inter se agant, ut pretio haud convenienti merces vendantur.*

29. *Maximoperè spectandum, quid in vicinis & aliis provinciis observetur?*

30. *Res meræ facultatis quando restrictioni vel prohibitioni sint subjectæ ac Monopolia permissa, foriq; communicatio Extraneis interdici possit?*

31. *Recessus Imperii supra* num. 2. *adductus explanatur.*

32. *Pacta successoria licet de Jure Civili improbentur, in Imperio tamen cumprimis inter Illustres & Nobiles sunt frequentia.*

33. *Collegia Opificiaria in emolumentum Reipublicæ & Commerciorum vergunt.* add. n. 38.

34. *Quamvis pristinis temporibus admodum rara fuerint. Diversitas temporis diversitatem rerum inducit.*

35. *Permissum omne, quod non reperitur, prohibitum; & ubi verba sunt clara, nulla dubitatio admittitur.*

36. *Ut libertatis possessio allegari possit, actus omissionis non sufficit sed etiam actus contradictionis necessarius est, quo remoto etiam possessio & præscriptio removetur.*

37. *Actus merè voluntarius in necessitatem trahi aut jus inde radicatum acquiri nequit.*

38. *Collegia Opificum utilitatis publicæ intuitu introducuntur, ac proinde nulla contra ea obtendi potest præscriptio.*

39. *Diversa autem ratio cur sit juris consuetudinarii deducitur.*

40. *Unumquodq; eodem modo, quo colligatum est, dissolvi debet.*

41. *Dissolutio Collegiorum opificiariorum, à Superioribus unicè dependet.*

42. *Artificia sunt partes civitatis, hæcq; illis carere nequit.*

43. *Collegia Opificum sunt munera publica, ac proinde invitis quoque imponi possunt.* vid. supra num. 24.

44. *Privilegia etiam proprio motu à Superiore conferri possunt.*

45. *Quando unus Condominorum quicquam statuere possit?*

46. *Opificia non loco sed opportunitate & exercitio æstimari convenit.*

47. *Quod in certis saltem casibus dispositum ad alios extendi haud potest.*

48. *Differentia inter Monopolia privata tanquam propriè ita dicta & publica impropriè & analogicè sic appellata traditur.*

49. *Nequit inde prætextus sumi, quod sub pœnâ nullitatis prohibetur, & ubi pœnæ transgressoribus sunt præstitutæ.*

50. *Illicita nunquam præsumuntur, sed probanda sunt.*

51. *Satius in tempore occurrere, quàm post vulneratam causam remedium quærere.*

52. *Protestatio conservat jus protestantis, omnemque participationem prohibitorum tollit.*

SPECIES FACTI.

IN Schlesien unter der Grafschafft Weissenfelß ist unser Dorff Rosenberg / welches dreyen Herren Grafen zukommet / gelegen / und haben vor langen Jahren viele Leinweber daselbsten gewohnet / auch dem Bericht nach mit denen Leinwebern der Gräfflichen Residenz-Stadt in einer Sampt-Zunfft gestanden / aber vor 40. und 50. Jahren die Zunfft fallen lassen / und ausser Zunfft gearbeitet / auch wir ohne Contradiction der Herrschafft / item der Leinweberer der Gräflichen Residenz-Stadt unser Handwerck bißhero ruhig fortgeführet / vor etzlichen Monaten jedoch hat von bemeldten dreyen Herrschafften nur allein der eine Herr Graf / welchem $\frac{1}{3}$ von der Grafschafft zukommen / einen einseitigen Befehl in alle Orte dieser Grafschafft ausgeschrieben / daß wer das Leinweber-Handwerck treiben wolle / sich in die in der Gräflichen Residenz-Stadt Weissenfels renovirte und von Römischer Kayserlicher Majestät allergnädigst confirmirte Zunfft begeben solle / worauf solchem Herrn Grafen wir Rosenberger Leinwebere / auch ex ratione seq. §. 8. im Fall weiter &c. wir solche gantze Gemeinde durch ein Memorial unterthänig vorgetragen / daß und

warum wir ausser Zunfft / wie bißhero über 40. Jahre / auf unsern Handwerck fort arbeiten wollten / am 14.ten Julii jedoch anni currentis ist uns dieser allhier annectirte vermeynte Befehl von Ihnen zugekommen.

Auf gnädigen und specialen Befehl Unsers Hochgebohrnen Grafen und Herrns / Herrn Gustav Grafen zu Weissenfels / wird denen Rosenbergern in puncto ihrer letzt-übergebenen Supplic, die Leinweber-Zunfft betreffend/hiermit zu Bescheid ertheilet; Daß Sie ihres unerheblichen und unerwiesenen Einwendens ungehindert innerhalb 8. Tagen denen vorigen Decretis pariren / oder so lang ohne weiteren Anstand exequiret werden sollen. Weissenfels den 14.ten Julii 1700.

Ihro Excellenz Herrn Graf Gustaven zu Weissenfels heimgelassene Räthe und Befehlhabere.

Dieweil nun durch diesen Befehlich wir Leinwebere auch pro remonstratis, hierunten cit. §. 8tens im Fall &c. wir diese gantze Gemeinde (als welcher durch dergleichen Zwangs-Verordnungen unser freyer Handel und Wandel / wormit von Römischen Kaysern unser Gemeinde privilegiret ist / dardurch bestricket wird) Uns gravirt befinden / so haben an Kayserlichen Reichs-Hoff-Rath wir die Leinwebere salvâ simplici querelâ gegen sothanen Befehl mit Beobachtung aller Solennien coram Notario & testibus unterthänig provociret / und uns zu allen ferneren Solennien in genere & in specie offeriret / ingleichem Appellationis interpositionem in Hoch-Gräflicher Cantzley sogleich darauf insinuiret/ auch die Acta vor ernanntes höchste Gericht debitè requiriret / und beruhet nunmehro vel per modum simplicis querelæ vel appellationis interpositæ introductionem die Sache zu prosequiren.

Unsere Gravamina dann und Rationes vorzulegen / warum wir / außer Zunfft stehen wollen und wider Willen zünfftig unser Handwerck zu führen uns nicht schuldig halten; So seynd Zunfft-Rechten Privilegia, und werden Privilegia ex sui natura niemanden aufgenöthiget / 1.

 welches

welches ferner dadurch bestärcket wird / dieweil liberè alle Zunfft-Genoßen / welche in einer Zunfft gestanden / von ihrem gehabten Zunfft-Recht abgehen / auch singuli separat außer Zunfft ihr Handwerck treiben können / defendente

Fritschio *de Colleg. Opific. cap. 6. n. 2. 3. 4. 5. & 6.*

Welches ihnen sonsten nicht erlaubet wird / im Fall sie Obrigkeiten zünfftig zu arbeiten wider ihren Willen nöthigen könten;

addatur hic infra §. Nachdem nun ꝛc.

Jngleichem seynd negotiari & mercari & similia negotia ac actus exercere res meræ facultatis, quæ cuivis Jure Naturali & Gentium pro lubitu & arbitrio permittuntur, und stehet in jeder Handwercks-Leute Willkühr außer oder (darmit etwa von Frembden ihnen kein Eintrag geschehe) in einer Zunfft ihr Handwerck zu exerciren; Es werden auch Zünffte / wo derer vigiren / principaliter nicht wegen des utilis der Herrschafften / sondern pro commodo & utilitate der Zünfften constituiret / und bestehet es wegen derer Anordnung ex arbitrio der Handwercks-Leute / und nicht ex Mandato Magistratuum, ob nemlich Handwercks-Leute eine Zunfft aufzurichten / und solche zu bestättigen / die Obrigkeiten anlangen / nicht daß Obrigkeiten wider Willen der Handwercks-Leute sie in Zünffte treiben können; Et est libertas in exercitio artium, quæ, si eam quis elegerit, (utpote favorabilis) amplianda, non restringenda; Und nachdeme Collegia originem non ex Jure Gentium habent, quippe quo commercia & opificia omnibus libera sunt, sed jure positivo; aber unser Dorff mit freyen Handel und Wandel ab Imperatoriâ Majestate privilegiret ist / so kan und vermag unsere gnädige Gräfliche Herrschafft gegen unsere erlangte und à seculis hergebrachte Privilegia uns in keine Zunfft treiben.

videatur porrò seq. hic §. 8. Im Fall weiter ꝛc.

2. Ist nicht allein in Teutschland sondern zugleich an denen in der Nähe
3. (auf ein paar Meilen) angelegenen Städten / in welchen sonsten vielerley

lerley Zünffte es hat / es seithero also gehalten worden / daß von unterschiedenen Arten Handwercks-Leuten v. gr. Hutmachern / Balbierern / Buchbindern und andern / 3. 4. 5. oder mehrere solcher Handwercks-Leute nebeneinander ihre Handwercke von sehr langen Jahren außer Zunfft getrieben / und in keiner Zunfft gestanden haben / biß v. gr. die Hutmacher allererst vor 5. Jahren spontè eine Zunfft beschlossen und zu confirmiren gebetten / und exerciren / biß annoch derer Orten einige andere Handwercks-Leute ihre Opificia ohne Zunfft / auch ohne Erfordern der Herrschafften in Zunffte zu tretten / und seynd über alles in Dorffschafften Zünffte gantz ungewöhnlich.

Zeiget per Rationes & Exempla die Verderblichkeit und grosses vielerley Nachtheil / so durch Zünfften dem gemeinen Wesen entstehet; 4.

Seckendorff. *in additionibus ad Tr.* des Teutschen Fürsten-Staats / *impreß. Erfurt 1680. in 8vo. v. 3.* muß die Nahrung frey seyn und mit keinen Zünfften.

Es suadiren auch viele Politici daß (außer dem / daß sich nicht gebühret / Handwercks-Leute Zwangs-Weise in Zünffte zu bringen) der Commercien und des Publici wegen beßer wäre / wann in Teutschland auch die existirende Zünffte gar aufgehoben / als neue Privilegia deßhalber ertheilet würden: quippe præter alia Opificum Collegia maximè eò tendunt, ne ad alios quàm ad se qui merces emunt, veniant & pro eorum voto illis pretium exsolvant, und schmieden sie / wann sie beysammen / meistentheils Taxe die Leute zu übernehmen / auch zu hindern / daß von Frembden wohlfeil / obgleich beßeres ihren Orten und Städten nichts zugebracht werden solle; & in totâ Hollandiâ quisque liberè exercet, quicquid cupit, & nullus Opificum ad Collegium aliquod adstringitur, ac propterea inibi magis florent commercia, quia eorum, qui maximè industrii & inter Opifices optimi sunt, operæ & manufacturæ magis exquiruntur quàm minus industriorum & imprudentum, da man sonsten bey Zünfften mit denen Wahren zu frieden seyn muß / wie solche achtsamb oder unachtsamb fertigen und zu verkauffen anschlagen.

5. Gleich wann einer oder der ander derjenigen in benachtbarten Städten wohnenden Handwercks Leuten / welche nicht zünfftig seynd / etwa ein Kind zünfftig werden laßen will / derselbe nur an einem andern Ort / wo dergleichen Zunfft ist / solches zünfftig einschreiben / auch hernach / wann es die Lehr-Jahre ausgestanden / an den zünfftigen Ort hinwieder zünfftig loßsprechen läßet; Also achten wir dieses gleicher Massen in alle Wege profitabler.

6. Woferne unsere Gräfliche Herrschafften in eine Zunfft zu tretten uns nolentes volentes zu adigiren Jure vermögten / so unternehmen und erfordern dieses nicht von uns unsere gesambte 3. Herrschafften / sondern nur allein der dritte mit-regierende Herr Graf Gustavus / welchem $\frac{4}{6}$ von der Graffschafft competiren / da doch dieses ein solches Werck ist / welches die gesambte Mit-Herrschafften und das Publicum concerniret / auch angestanden wird / ob propter pluralitatem der zwey Mit-Herschafften die einige dritte solche Actus imponiren und introduciren könne?

7. Woferne ingleichen regulariter Facultät wäre / Handwercks-Leute zu zwingen / daß sie zünfftig werden müsten / und daneben in causâ præsenti unsere gesambte drey Herrschafften solches verlangten / so cessirte dieses jedoch gegen uns zu unternehmen / dieweil dieses Speciale bey unserer Dorff-Gemeinde Rosenberg ist / daß hier Eingangs berührter massen die vormalige Leinwebere zu Rosenberg ihre gehabte Zunfft begeben / auch seithero über 40. Jahr lang weit mehr als zwantzig Leinwebere in unserem Dorffe das Leinweber-Handwerck beständig ruhig getrieben haben / auch unsere Gräfliche Herrschafften und jedermann zünfftig zu arbeiten uns seithero unbesprochen gelassen / und stehen wir dannenhero in gantz ruhiger possessione vel quasi libertatis und Befreyung ausser einer Zunfft zu führen / & quòd etiam solvantur lapsu temporis Collegia Opificum, si singuli per decennium in separato statu steterint & separatè sua habere cœperint, docet

Fritsch. *de Colleg. Opific. cap. 6. n. 6.*

Im

Im Fall weiter Obrigkeiten Handwercks-Leute regulariter Jure zu compelliren vermögten in Zünfften zu tretten / auch wir in possessione vel quasi der Libertät nicht stunden / so hätte jedoch dieses hinwieder bey unserer Gemeinde seinen Abfall / dieweil unser Dorff Rosenberg von unterschiedenen Römischen Kaysern / wie sie aneinander biß anhero in Regierung und im Leben gewesen / in vielen und anderen mit freyem Handel und Wandel begnadiget und privilegiret ist / 8.

in verbis: Auch Sie die Vorstehere und Gemeinde zu Rosenberg allenthalben im Heiligen Reich und dessen zugethanen Landen / Obrigkeiten und Gebietern ihrer Nothdurfft und Gelegenheit nach frey / sicher und unbeschwehrt handeln / wandeln und wohnen / auch alle und jegliche Gnad und Freyheit / Würde / Vortheil / Recht und Gerechtigkeit / gute Gewonheit haben / und sich deren frey gebrauchen und geniesen sollen und mögen als andere / so in unserm und des Reichs besonderen Vorspruch / Schutz und Schirm seyn / solches alles haben und sich des gebrauchen und geniesen / von Recht oder Gewonheit und allermänniglich ungehindert.

Solche auch haben wir quietè hergebracht / sie würden aber per indirectum von unserer Gräfflichen Herrschafft uns entzogen oder doch infringiret und bestricket werden / wann selbige uns wider unsern Willen durch Zunfft-Gesetze den freyen Handel und Wandel / so da allein bey unser Gemeinde competiret / einschranckten / dessen dann auch wir die gantze Gemeinde um deßhalben uns mit anzunehmen haben / dieweil unser aller bey der gantzen Gemeinde Interesse darbey versiret / und der Befehlich unserer gantzen Gemeinde freyen Handel und Wandel touchiret / auch occasione der Zunfft unseren freyen Handel und Wandel zu schwächen also lang angetrieben werden dörffte / daß wir des freyen Handels und Wandels uns nicht oder wenig mehr zu erfreuen haben würden;

Hindert

9. Hindert uns Leinwebere nicht / wann von Käyserlicher Majestät auf Ansuchen der Gräflichen Residenz-Stadt Leinweber oder etwa im Namen derselben unsere Gräfliche Herrschafft (wie in quæst. Gräflichen Befehlich gesetzet ist) Zunfft-Articul jetzo confirmiret worden wären; Dann es wäre solches ad narrata ohne unser Wißen und Begehren auch zu thun / atque sic, uns unpræjudicirlich und unverfänglich geschehen / und verlangen oder placidiren wir dieses annoch nicht / und können (auch in dem Fall / wann Handwercks-Leute nolentes volentes zünfftig werden müsten / denen Opificibus Statuta opificia concernentia à Magistratu nicht vorgeschrieben / sondern es müssen dieselbe immediatè ab ipsismet Opificibus condiret / auch hernach nur zu confirmiren der Obrigkeit vorgetragen / und von Obrigkeiten eine Zunfft aufzurichten gleichsam nur permittiret und privilegiret werden. Nachdeme nun præter hæc schließlich die Doctores inter contraria Collegiorum Opificum die Renunciationes & Separationes referiren / quòd dissolvantur Collegia renunciatione, quando Collegæ cujusdam Opificii renuncient Collegio ejusque juribus & privilegiis, auch sie statuiren / quòd etiam certa pars Collegii invitis cœteris renunciare possit Collegio, & (si libuerit) ad aliud transire vel separatum jus Collegii à Magistratu petere, itemque singuli separatim sine communione exercere opificium; prout videre est apud

Fritsch. *de Colleg. Opific. cap. 6. n. 2. 3. 4. 5. & 6.*
item Heinr. von Stromberg sub Strauch. *Disput. inaugur. de jur Colleg. Opific. impreß. Jenæ 1669.*

Als bitten wir gegen danckbare Gebühr-Abstattung in Rechten / uns cum Rationibus hierüber und sonderlich zu belehren; Ob gegen unsern vermeldten Käyserlichen privilegirten und hergebrachten freyen Handel und Wandel / auch 40. biß 50. Jährige possessionem vel quasi libertatis und gegen übrige trifftige Argumenta wir Leinweber des Dorffs Rosenberg wider unsern Willen in eine beschwerliche Zunfft und zwar allein von der einen Gräflichen Mit-Herrschafft zu zwingen / oder

oder vielmehr wie bißhero über 40. Jahren ferner außer Zunfft unser Handwerck fort zu führen zu lassen seyen. Datum Rosenberg in der Grafschafft Weißenfels in Schlesien den 16. Sept. 1700.

Leinwebere auch gantze Gemeinde des Dorffs Rosenberg der Grafschafft Weisenfelß in Schlesien.

RESPONSUM.

DEs mir Ends-Bemeldten vorstehende Facti Species zugeschickt / und über die demselben angehängte Frage mein Rechtliches Gutachten zu ertheilen / Ansuchung geschehen / so habe selbige mit behöriger Sorgsamkeit verlesen / wohl erwogen / und darüber nachgesetzte Rechtliche Vorstellung verfügen wollen. Und zwar will es anfänglich das Ansehen gewinnen / als wann die Leinweber der Dorfschafft Rosenberg wider ihren Willen zünfftig zu werden / und in die in der Gräflichen Residenz-Stadt Weisenfelß vormals eingeführte / nachgehends aber wiederum erneuerte / und von Römischer Kayserlicher Majestät allergnädigst confirmirte Zunfft sich zu begeben / zumal nicht angehalten werden könnten; Mithin die von ermeldten Dorffschafft gegen den am 14.ten Julii jetzt lauffenden Jahrs ergangenen Befehl ergrieffene Appellation mit erheblichen und vortringlichen Gravaminibus, Krafft deren die Appellantes vermittelst eines Reformatori-Bescheids entladen werden müsten / allerdings unterstützet seye: Und dieses aus verschiedenen nachtrücklichen Motiven:

RATIONES DUBITANDI.

ALlermassen 1.) die freye Macht Handel und Wandel zu treiben / und besonders das erlernte Handwerck nach Belieben auszuüben / von GOtt als einem Stiffter und Urheber der Handwercker / 1.

 Exod.

Exod. 25. vers. 30. cum seqq.

allen und jeden Menschen zu ihrem nothdürfftigen Unterhalt ertheilet / und dergestalt res meræ facultatis zu achten /

L. ex hoc jure 5. de J. & J.

so keines Weges gehemmet und eingeschrancket werden könne / cùm actus merè voluntarii, sive fiant sive omittantur, alteri nec obligationem nec possessionem tribuant;

L. viam. 2. de viâ public.
Wesenb. *Cons. 67. n. 18. & seqq.*
Menoch. *de A. I. Q. lib. 2. cent. 2. cas. 160. n. 8. & seqq.*
Richter. *Cons. 9. n. 10. Vol. 2.*

eò quod dependeant à facultate non juris sed facti;

Gœdd. *Cons. Marp. 33. n. 310. vol. 3.*

adeò ut nec per propriam conventionem sibi quis viam ad ejusmodi actus præcludere possit;

Paul. de Castro *Cons. 144. n. 3. lib. 2.*

& si in Imperio libertas hæc vel restringatur vel prohibeatur, in supremo Cameræ Tribunali Mandata sine clausulâ eo nomine decernantur, ut relato exemplo probat

Frider. *de Mandat. lib. 2. cap. 44. n. 13.*

2\. Dannenhero dann auch 2.) in des Heiligen Römischen Reichs Constitutionen heylsamlich versehen / daß der freye Zugang der Nahrung und Gewerb keines Weges aufgehalten / sondern vielmehr frey und ohngehindert bleiben und gelaßen werden solle;

Rec. Imp. *de Ann. 1555. §. 14.*

3\. Bevorab da 3.) sothane Freyheit dem gemeinen Wesen weit fürträglicher als die Einführung der Zunfften zu seyn scheinet / indeme durch diese jezuweilen viele verderbliche Mißbräuche / Verschwendungen / Mißhelligkeiten und andere große Unordnungen zu entstehen pflegen;

Mevius

Mevius *ad Jus Lubec. lib. 4. tit. 13. art. 3. n. 4.*
Otto *de J. P. cap. 21. in fin.*
Knipschild. *de Jur. & priv. Civit. Imp. lib. 2. cap. 16. n. 10. & 11.*

Aus welchen Ursachen dann auch die in liberâ Republicâ üblich gewesene Collegia Opificiaria nachgehends in Republica Monarchicâ wiederum zertrennet und aufgehoben worden / wie bezeugen

Sueton. in vitâ Augusti Dion. *lib. 60.*

Worauf auch Cajus das Absehen führet / indeme er schreibet; Paucis admodum in causis hujusmodi corpora concessa esse in

L. neq. 1. quod cujusq. univ. nom.

Neben dem und weil 4.) sothaner freyer Hundel und Wandel vermittelst vieler der Gemeinde Rosenberg ertheilter und biß anhero vollkommen genoßener Käyserlichen Privilegien stabiliret worden / so wird dergleichen neu angelegter Zunfft-Zwang um so weniger bestehen und zu Werck gerichtet werden können / privilegiorum enim ab Imperiali Culmine concessorum perpetua & incussa est authoritas, 4.

L. quod Principi. 1. de Constit. Princ.

& privilegia concessa per Superiores non possunt nec debent infringi per Inferiores;

can. conquestus. 8. caus. 9. quæst. 3.
can. 25. caus. 12. quæst. 2.
can. 17. caus. 25. quæst. 2.

cumprimis quando Juri Divino Naturæ & Gentium sunt conformia & hoc modo summè favorabilia;

cap. cùm dilecti. 6. X. de donat.
cap. odia. 15. de R. J. in 6to.

Worzu 5.) kombt / daß denen in dem Dorff Rosenberg wohnenden Leinwebern / deren Anzahl über zwantzig sich erstrecket / von viertzig Jahren her zünfftig zu werden niemals zugemuthet / sondern vielmehr sothanes ihr Gewerb eigenen Gefallens zu treiben / und darmit 5.

zu schalten und zu walten frey gelassen worden / præterquàm autem quòd tanti temporis decursus jus firmissimum nulloque modo revocabile inducat;

L. sicut. 3. L. omnes. 4. C. de præscr. 30. vel 40. Annor.

eò quòd usus inde enascens justus ac legitimus præsumatur;

Cephal. *Cons. 620. n. 43. vol. 5.*
Roland. à Valle *Cons. 3. n. 30. vol. 1.*

Sanè libertatis possessio semper continuata ita suffragatur appellantibus, ut ea sub prætextu utilitatis opificiariæ nullatenus infringi possit;

L. loci. 4. §. 7. L. 13. si servit. vind.
L. altius. 8. C. de servit.

eò magis, quò ratio quæ pro libertate conservandâ facit, longè sit validior & favorabilior quàm ea, quæ ad ejus diminutionem tendit;

L. si in ædibus. 9. ubi Brunnemann. *C. eod.*

6. Dabey dann 6.) sonderlich zu bemercken / daß zwar vor Ablauff 40. Jahren benanntes Dorff mit der Gräflichen Residenz-Stadt Weissenfels die Zunfft gehalten / gleichwol aber die Herrschafft nachgegeben / und im geringsten nicht widersprochen / daß die darinnen wohnende Leinweber die Zunfft wiederum fallen laßen und ihres eigenen Gefallens außer der Zunfft und deren Gesetzen ihr Handwerck getrieben / und biß anhero damit continuiret; Quando autem quis scit & patitur aliquid fieri, consentire censetur, dùm actum sibi damnosum contradicendo impedire potuit;

L. si remunerandi. 6. §. 2. L. qui patitur 18. mand.
L. qui ad certum. 14. locat.

præcipuè quando patientia cursum longissimi temporis habet concomitantem, quippe quo ipso potestas summa scire & lubens permittere præsumitur, ut in simili circa consuetudinem apposité loquitur

Struv.

Struv. *Synt. Civ. Ex. 2. th. 20.*

& probatur apertè per

§. 9. ibi: diuturni mores. J. de J. N. G. & C.

Ja es hat auch 7.) ohnedem in der Leinweber Macht gestanden / solcher Gestalt der Zunfft-Genoßenschafft zu renunciiren / und deren sich wiederum zu begeben / indeme unstrittigen Rechtens / daß nicht nur ein und andere von der Zunfft / sondern auch alle und jede Zunfft-Genoßen mit einhelligem Belieben dieselbige wiederum aufheben / und ein jeder für sich das Handwerck treiben könne / wie in Terminis darthut und besteiffet 7.

Fritsch. *Tr. de Colleg. Opific. part. 1. cap. 6. n. 2.*

Ob auch 8.) die Handwercks-Zunfften von hoher Herrschafft erlanget werden müssen / so werden jedoch dieselbe bloßhin um des jenigen Willen / so die Handwercker treiben / und dadurch ihre Handthierung mit grösserem Nutzen und Vortheil fortzuführen vermeynen / ausgebetten / und können dahero die Zünfften denen Handwerckern keines Weges obtrudiret und aufgenöthiget werden / contra naturam enim est, ut ea, quæ usibus duntaxat propriis commodant, ab alieno arbitrio dependere debeant, cum quisque ut rei suæ ita etiam opificii sit moderator & arbiter, 8.

L. in re mandatâ. 2. C. mandat.

& privilegia non proprio motu & imperio concedentis verùm ultroneâ voluntate & instantiâ constent, cùm invito non conservatur beneficium;

L. invito. 69. de R. J.

L. hoc Jure. 19. §. 2. de donat.

Nicht weniger komt 9.) hierbey zu erwegen vor / daß nicht die gesamte Gräfliche Herrschafften / sondern allein Herr Graf Gustav als zu einem gewissen Antheil mitregierender Lands-Herr der Dorffschafft Rosenberg die Zunfft mit anzunehmen auferleget habe / Condominium autem Territoriorum ad omnes pro indiviso spectat, eoque du- 9.

 rante

rante unus condominorum citra reliquorum consensum nil quicquam statuere potest, cum tali casu unus duorum vel plurium vicem haudquaquam sustineat;

Lauterbach. *de Condom. territ. cap. 9. §. 4. & 8.*

10. So will sich auch 10.) nicht wohl thun lassen / daß man die in den Städten recepirte Zünfften gleichfalls auf die Dörffer / so keine Gelegenheit dazu haben / auch allein mit Stellung der Länder beschäfftiget sind / extendiren wolle / Civilibus enim relinquenda professio, ut per artes & mercaturam victum quærant, haud verò opificia in rus trahenda, ne alioquin rei rusticæ & culturæ agrorum sufflamen injiciatur;

Beyer. *tr. de tyrone. c. 5. n. 140. & tr. de Magistro. c. 14. §. 5. n. 510.*

11. Es streitet auch 11.) sothane Extension mit der allgemeinen Reichs-Verordnung / Krafft deren zwar die jenige / so hohe Regalia haben / dieselbe nach eines jeden Lands Gelegenheit einziehen / ringern und mässigen / aber in keinem Weg erhöhen oder mehren können / wie ausdrücklich zu lesen

in Recess. Imp. *de Anno 1530. tit. 39. §. 2.*

12. Indeme auch 12.) und Letztens schon genug / daß in der Stadt Weissenfels die Zünfften eingeführet / und bißhero im Schwang gegangen / und dann unter deren Toleranz zum öfftern viele schädliche und auf verbottene Monopolia hinauslauffende Gewonheiten von den Handwerckern angerichtet und entweder zu derer selbsten oder auch der jenigen Beschwerung / so sich deren gebrauchen müssen / mit grossem Rigeur ausgeübet werden / wie solche besonders erzehlen und taxiren

Knipschild. *tract. de Jur. & Priv. Civit. Imper. lib. 5. cap. 2. n. 38. & mult. seqq.*

Fritsch. *dict. tract. part. 2. cap. 4. n. 1. & seqq.*

so haben die Leinweber zu Rosenberg wohl Ursach zu vigiliren / damit sie sich der aufgebürdeten Zunfft und deroselben anklebenden Gewonheiten sorgfältig entladen mögen; Allermeist da die jenige / so ein Monopolium

nopolium nach sich ziehen / durchgehends ernstlich verbotten sind;

L. unic. C. de Monop.

R. I. *de Ann. 1532. tit. 7.*

R. I. *de Ann. 1579. tit. 18.*

Auch manchmal durch die ziemliche Straffs-Mittel abgeschafft und hintertrieben werden müssen;

Recess. Imp. *de Anno 1548. tit. 36. & de Ann. 1577. tit. 37.*

mit welchen sich nicht zu bestricken / besser ist / in Zeiten die Zunfft-Gemeinschafft zu vermeiden und abzuwenden / cùm melius sit pauca agere cautè, quàm multis interesse periculosè.

Nov. 44. cap. 1. §. 3. in fin.

RATIONES DECIDENDI

Daß aber die Leinweber offt-bemeldter Dorffschafft Rosenberg vermittelst dieser obwohl sehr scheinbaren Motiven von der ihnen an Seiten des mitregierenden Herrn Grafen Gustavs anbefohlenen Mit-Eintrettung in die zu Weissenfels als der Gräflichen Residentz-Stadt eingeführte und Cæsareâ Authoritate stabilirte Zunfft-Genossenschafft sich keines Weges los würcken können / wird sich aus nachgesetzten Rechts-Gründen breitern Innhalts ergeben; 13.

Vors erste ist dann zu wissen / daß dergleichen Zünfften / Gülden und Innungen in einem Collegio vieler Persohnen / so eine Kunst oder Handwerck treiben / und dahero den Nahmen eines gantzen Corporis führen /

L. neque. 1. quod cujusq; univ. nom.

L. rerum. 30. princ. de usurp. & usuc.

Rubric. & t. t. de Colleg. & Corpor.

Auch um deßwillen Zunfft- oder Gülden-Brüder genennet werden / bestehen / quia unius mercimonii, opificii sive artificii Collegæ sunt;

L. Col-

L. Collegarum. 173. de V. S.

unamque tribum constituunt, uti hujus appellatio occurrit in

L. patronus. 35. princ. de Legat. 3.

14. Woher dann ein bemerckſamer Unterſcheid unter dieſen Collegiis und andern Societatibus zu machen / indeme dieſe nicht per modum Corporis ſondern allein durch eigenmächtiges Belieben der sociorum per modum contractus angeordnet / zu Nutz der Partheyen allein angerichtet / und auch allerdings durch eines oder des andern Tod gut befundene Renunciation wiederum aufgehaben werden;

L. verum est. 63. §. 10. cum LL. seqq. pro socio.

Allermaſſen hiervon der Länge nach / Anzeige gethan

Einsiedel *tract. de Regal. cap. 2. n. 325.*

15. Indeme aber vors Zweyte die Collegia insgemein wegen der dahero zuweilen entſtehenden Exorbitantien de genere prohibitorum ſind / auch deren eigenmächtiger Gebrauch inter crimina extraordinaria gezehlet wird /

L. mandatis. 1. & passim. de Colleg. & Corpor.

Cothmann. *Respons. 64. n. 4. vol. 2.*

Fritsch. *cit. tract. part. 1. cap. 4. n. 6.*

ſo müſſen ſelbige Jure Superioritatis erlaubet und beſtättiget werden;

Limnæ. *de J. P. lib. 4. c. 8. n. 298.*

Schüz. *Colleg. J. P. disp. 6. th. 21. lit. C.*

Bechmann. *Exerc. J. P. 12. th. 22. n. 6.*

16. Mithin potestas permittendorum Collegiorum, für ein hohes Regal-Stück geachtet zu werden pfleget;

arg. *d. L. 1. & t. t. de Colleg. & Corp.*

Einsiedel *d. tr. cap. 2. n. 324.*

Besold. *diss. de Regal. cap. 7. th. 1.*

Dann obgleich deren in sede ordinariâ keine Meldung geſchicht / nemlich in

2. Feud. 56.

So

So werden jedoch daselbsten allein Exempla, mit nichten aber alle und jede species Regalium vollkommen ausgetrucket / wie wol bemercket / und deren mehrere referiret

Bechmann. *Exerc. 8. ad A. B. n. 63.*

Woraus dann vors Dritte dieses erhellet / daß dergleichen Collegia ihren Ursprung nicht ex Jure Gentium, weil diesemnach Handthierung / Gewerb und Handel allen und jeden ohne Unterscheid frey stehet; 17.

L. ex hoc jure. 5. de J. & J.

Sondern vielmehr ex Jure positivo, puta Romano, vel etiam moribus & statutis führen / und dahero einig und allein nach selbigem abgemessen werden müssen;

d. L. 1. quod cujusq; univ. nom.
L. 1. & t. t. de Coll. & Corp.

Nicht aber gehöret vors Vierdte Jus concedendi Collegia Opificiaria inter Regalia bloßhin Authoritate sondern auch utilitate, gestalt hohe Herrschafften vorhero genau untersuchen / ob solche dem Land und gemeinen Besten vorträglich / auch der Handwercksleuten Vermögen / Arbeitsamkeit und Anordnung so beschaffen / daß ein glücklicher Fortgang zu hoffen / anbey auch Innungs-Ordnungen / nach welcher sich die Zünfften genau reguliren / daraus aber auf keinerley Weise bey Verlust der Zunfft-Gerechtigkeit oder anderwärtigen Bestraffung schreiten müssen / vorschreiben / und dergestalt alles zu vollkommenen Nutzen des gantzen Landes dirigiren; cùm enim non saltem in communi vitæ civilis conservatio tum maximè promoveatur, quando officiorum & personarum confusio exactè inhibetur, promiscuis artibus munera imperturbata relinquuntur, & illud quòd uni & alteri concreditum haudquaquam ab aliis intercipitur; 18.

L. consulta. 23. post med. C. de Testam.
L. quicunq;. 2. C. de Exec. & Exactor.
can. singula. 1. distinct. 89.

Berlich. *decis. 150. n. 32.*
Carpzov. *lib. 1. resp. 47. n. 7. seqq.*

verùm etiam in particulari utilitas publica singulare incrementum capiat, si cives in officio contineantur,

L. juri. 1. §. 1. de J. & J.

Et verò id vel maximè beneficio Collegiorum Opificiariorum obtineri soleat, ut eleganter ostendit

Mevius *ad Jus Lubec. L. 4. t. 13. art. 3. n. 1.*

Hinc ipsa necessitatis & utilitatis publicæ suffragia Superiorum interventum postulârunt, qui non minus vigorem commerciorum & opificiorum authoritate suâ moderarentur, verùm etiam ad commune bonum dirigerent. Atque hinc in Collegiorum introductione & conservatione gloriam Reipublicæ consistere, eique esse proficuam, rectè cum Mevio tradit

Brunnemann. *ad tit. C. de priv. corpor. urb. Romæ.*

19. Aus welchen Ursachen dann auch Fünftens herrühret / daß obgleich sonsten denen einmal eingeführten und approbirten Collegiis Statuta zu errichten und anzuordnen erlaubet;

L. sodales. ult. de Colleg. & Corpor.
L. receptitia. 2. §. ult. C. de const. pec.
L. ult. C. de jurisd. omn. jud.

Dannoch der nachgehends wohl eingeführten Gewonheit nach solche die Oberherrn entweder selbsten ex consilio peritorum vorschreiben / oder doch wenigstens nach beschehener Untersuchung confirmiren /

Carpzov. *lib. 1. Resp. 48. n. 12. & seqq.*
Schneidewin. *ad §. 1. I. de J. N. G. & C. n. 15.*
Fritsch. *laud. tract. part. 2. cap. 2. n. 1. seqq.*

20. Um so mehr da Sechstens wahrgenommen worden / daß auch von denen Zünfften jezuweilen denen Rechten und dem gemeinen Besten zuwider Statuta und Ordnungen auf die Bahn gebracht / welche keines Weges zu dulten / sondern vielmehr abzuschaffen auch gestalten

Dingen

Dingen nach dißfalls eine Bestraffung vorzunehmen / wie allbereit davon Meldung geschehen in Rat. Dubit. ultima auch weiters davon zu lesen in

Recess. Imp. *de Anno 1548. tit. 36.* Von den Handwerckern insgemein *ibi:* Wo es aber darüber von Handwerckern geschehe / daß alsdann die Obrigkeit nach Gestalt der Sachen sie unnachläßig straffen solle.

Ja es würden Siebendens die Handwercks-Glieder gar offt in schwere Strittigkeiten und Ungelegenheit verfallen / wann von hohen Herrschafften die Zunfft-Ordnungen nicht untersucht und confirmiret / noch dasjenige was dabey zu beobachten vorfällt / oder zu deren Erleuterung dienet / oder auch dagegen unternommen wird / deren hohen Ermeßen und Verordnungen nicht unterwerffen noch dagegen gebührliches Einsehen verfüget werden sollte; 21.

Hahn. ad Wesenb. *tit. de LL. n. 3. verb. decreta. n. 2. in fin.*

Schüz. *Colleg. publ. vol. 1. tit. 22. lit. C.*

Dahero auch der jenige Handwercks-Mann / so wider die von hoher Obrigkeit noch nicht bestättigte Statuta etwas verwircket / oder sonsten dieselbe keines Weges in acht nehmen will / aus der Zunfft so wenig vom Collegio gestossen / als wenig zu einiger Straffe gezogen werden kan / wie wol errinnert

Bechmann. *Exerc. ad Pand. 3. tit. de LL. n. 112.*

Sollte es auch Achtens vorgangen seyn / daß über tausend und mehr Jahr viele Handwercks-Leute sich zusammen gethan / und ohne vorhergegangene Verwilligung eine Zunfft formiret und Ordnungen gemacht hätten / so würde doch daraus kein rechtmäßiges Zunfft-Collegium entstehen;

Berlich. *part. 1. decis. 150. n. 4.*

So daß im Fall / da de impetrato Superioris consensu & appro- 22.
batione Zweiffel vorfiele / dannoch dergleichen Zusammenkunfft für unzuläßig zu achten / und die Statuta zu vernichten /

arg. *L. Collegium. 8. C. de hered. instit.*
Mevius *ad Jus Lubec. L. 4. t. 13. art. 3. n. 8.*

quia in iis, quæ sunt illicita & de genere prohibitorum, præsumptio fit contra eos, quia talia usurpant

arg. *L. si non convitii. 5.* ubi Brunnemann. *C. de Injur.*

& illiciti qualitas hoc ipso probatur, quo non probatur contrarium;

Mascard. *de Probat. concl. 419.*
Gœdd. *Cons. Marp. 28. n. 162.*

23. Ebenmäßig kombt auch vors Neunte denen Ober-Herrn zu / auch die allbereit confirmirte Statuta wiederum aufzuheben / und andere vorzuschreiben / falls die Zünfften durch einen Mißbrauch selbige überschritten und dagegen gehandelt /

Fritsch *dict. tr. part. 2. cap. 2. n. 14.*

Welchem und allen andern Inconvenientien mehr vorzukommen eine gute Errinnerung gethan

Daniel Otto *de Jur. Publ. cap. 21. in fin.*

ubi ita scribit: Prudenter igitur fecerit Magistratus, si non permiserit ullum Collegium à subditis institui, cui non ipse præsit suâ authoritate per personam aliquam à se ipso delegatam: Cujus rei observatio Noribergensium prudentiæ hactenus feliciter successit. Sic etiam Lübecæ Conventui Collegiorum quosdam interesse & inspicere, quæ geruntur, ne quid præjudicii Reip. testatur

Mevius *d. L. 4. tit. 13. art. 3. n. 19.*
Add. Knipschild. *dict. tr. cap. 2. n. 80.*

24. Wann nun vors Zehende die Frage angestellet wird / ob dann ein Ober-Herr in seinem Lande Zünfften und Gülden aus eigenem Belieben und ohne Nachsuchen der Unterthanen anordnen / oder die so allbereit in einer Stadt eingeführet / auch auf die Dörffer extendiren könne? So leuchten alle instar Protheoriæ bißhero vorgestellte Gründe dergestalten für / daß daran im geringsten nicht zu zweifflen stehet /

mehrers

mehrers anerwogen / daß an einem Theil die hohe Regalia in der Person eines Superioris dergestalten bestehen / daß derselbe nach selbsteigenem Gut-Befinden solche in seinem Lande ausüben / und dadurch desselben Aufnahm und Nutzen befördern könne;

arg. *L. hac parte. 10. C. de proxim. sacr. scrin.*
L. in provinciis. 4. C. de numerar. actuar. &c.
2. Feudor. 56.

Cùm enim Sanctissimus Deus ipsas leges Superioribus subjecerit, ut notanter dicitur in

Novell. 105. cap. 2. §. 4. sub fin.

quidni etiam subditos legibus constrictos, ad certum ordinem proprio motu pro commodis Reip. astringere, collegia instituere, vel instituta extendere, iisque leges & statuta præscribere potuit?

vid. Berlich. *decis. 26. n. 1.*

Am andern Theil / weil auch einem Ober-Herrn vi supervenientis dominii das jenige / was Salus publica erheischet / vor sich allein zu veranstalten zukombt / quicquid enim ad utilitatem & ornatum respicit à Deo traditæ nobis Reip. hoc semper cogitantes ad effectum deducere festinamus, ait Imp. in

Novell. 81. præfat.

Et circa leges studium & alia omnia à Nobis ideò quotidiè cum labore aguntur, ut utilitatem nostris subjectis inveniamus. Quod effusum quidem immensum est, removentes, quod autem optimum & meritum surrogantes, verba sunt ejusdem Imp. in

Novell. 46. præfat.

in tantum ut valeat Edictum vel ordinatio utilitatis publicæ intuitu, etiamsi jus aliquod privati tollat,

L. Lucius. 11. princ. de Evict.
Cravetta *Consil. 5. n. 4.*
Dec. *Consil. 361. n. 8.*

Et quòd honestatis & justitiæ tuendæ causâ ad recipiendum Collegii statum, statuta & privilegia inviti compelli possint, annexo notabili præjudicio roborat

Beyer *tract. de Colleg. Opif. cap. 3. §. 5. n. 128. & 129.*

25. Uberdiß und vors Eilffte beruhet auch bey einem Lands-Herrn die Macht die Commercia zu restringiren / zu sich zu ziehen / und alle seine Unterthanen davon auszuschliessen / damit nur die Einkünfften des Fisci erweitert und vermehret werden / wie stattlich erweiset

Carpzov. *Respons. 42. n. 7. & seqq.*

26. Ebener Gestalt und noch vielmehr ist auch mit der Lands-Herzlichen Hoheit die Authorität vinculiret / auf eine solche Verordnung zu descendiren / Krafft deren eine Zunfft angenommen / oder die in einer Stadt allbereit angeordnete von denen in den Dörffern wohnenden Handwercks-Leuten gleichfalls angenommen / und mitgehalten werden müsse / cùm enim Opificiaria Collegia ad vigorem commerciorum conservandum & promovendum tendant, eâdem facultate Superior circa illa gaudebit, quâ circa hæc pollet, cumprimis cùm commercia restringere plus sit quàm dicta Collegia extendere, major autem potestatis gradus etiam minorem dubio procul includit;

L. non debet. 21. de R. J.

cap. plus. 35. & cap. licet. 53. eodem in 6to.

27. Weil auch vors Zwölffte die Dorffschafften gleichmäßiger Bottmäßigkeit unterworffen / so daß rechtlicher Anleitung nach in casu quo de muneribus subeundis & jurisdictione exercendâ tractatur, das jenige / was bey denen Städten versehen / auch auf die Dörffer extendiret / ja diese unter jenen zugleich mit verstanden zu werden pflegen /

L. mediterraneæ. 9. C. de trib. & ann.

L. qui ex vico. 30. ad munic.

Besold. *Cons. 70. n. 22.*

So

So wird hierunter desto weniger einiger Scrupel erreget werden können / cùm in iis, quæ pari jure censentur, paria jura obtinere debeant, etiamsi versemur in correctoriis, ceu post Bartolum & Baldum tradit

Socinus *cons. 1. n. 14. & 15. vol. 1.*

Daferne auch vors Dreyzehende denen in Dorffschafften wohnenden Handwercksleuten ihrem Belieben nach das Handwerck zu treiben und der in den Städten eingeführten Zunfft-Genossenschafft sich allerdings zu entladen zukommen sollte / so würde grosse Unordnung daraus erwachsen / indeme die Wahren in denen Dörffern durch heimliche Zusammenstimmung im geringen Preiß / auch wohl bißweilen in geringerer Gütigkeit verfertiget / die Käuffere an sich gezogen / und dadurch bey dergleichen Zunfft-Genossen in denen Städten ein schlechter Abgang verursachet werden könnte / welches abermahl auf ein verbottenes Monopolium hinaus lauffen und das Städtische Zunfft-Recht nicht wenig erschwächen und vermindern würde / constat autem haud tolerari, si artifices inter se agant ut pretio haud satis convenienti sed magis mediocri merces vendantur, nec unus altero carius eas distrahere debeat, 28.

Novell. 122. cap. 1.

Rec. Imp. *de Anno 1577. tit. 37.*

neque permittendum, ut nimia libertas ad aliorum dispendium & cumprimis interceptionem lucri sperati & juris legitimè quæsiti, trahatur;

cap. quod res. 25. X. de privil.

cùm lucrum calliditatis afferre non debeant, quæ contra fas fiunt;

L. dubium. 3. C. de repud.

Mit diesem allem conformiret sich auch vors Vierzehende und beschließlich die durchgehende Observanz, Krafft deren ins besondere die Leinweber / so sich in denen Dörffern aufhalten / mit denen / wel- 29.

che

che in denen nah angelegenen Städten wohnen / zünfftig werden müssen / so daß wann sie denen Zunfft-Statutis auf einige Weise zuwider handlen / und keine Zunfft-mäßige Waaren verfertigen / alsdann gegen sie nicht allein mit behöriger Straffe verfahren / sondern auch ihnen die Waaren gar hinweg genommen werden / maximoperè autem spectandum, quid in vicinis & aliis provinciis observetur, ut eleganter legitur in

cap. super eo. 21. X. de Censib.
Brunnemann. *Cons. 161. n. 21.*

cùm talis observantia omne dubium tollat,

Hondedæus *Cons. 6. n. 36. vol. 1.*
Cephal. *Cons. 133. n. 31.*

fidum omnium concessionum interpritem constituat,

Costa *de Fact. Ignor. insp. 47.*
Peregrin. *Cons. 8. n. 7. lib. 3.*

& vicem legis repræsentet;

L. si cui. 1. §. ult. de aq. & aq. pluv. arc.

imò legi prorsus æquivaleat;

L. in summâ. 2. princ. eod.

unde ab eâ nunquam recedendum

Carpzov. *lib. 6. Resp. 104. n. 6.*

licet semel vel iterum ita observatum fuerit,

Cravetta *Cons. 118. n. 2.*
Corneus *Cons. 188. n. 10. vol. 4.*

quin potius mos fidelissimæ vetustatis retinendus & obsequiosè sequendus, ut rescripserunt Impp. in

L. testamenta, C. de testam.

RESPON-

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Diesem dergestalt bewährten Rechts-Gründen thun die Eingangs 30.
vermeldete Schein-Gründe im geringsten keinen Abtrag / immassen / so viel den Ersten betrift / bekannt / daß gleichwie ipsi juri naturali, si effectum respicias, etwas detrahiret werden könne / wie erhellet ex

L. Jus Civile est. 6. de J. & J.

also auch um so mehr res meræ facultatis ob utilitatem publicam & urgentem necessitatem einiger Restriction oder Prohibition unterworffen seyen /

Carpzov. *lib. 2. Resp. 42. n. 20.*

so daß auch in dessen Ansehung Monopolia wohl zugelassen werden können;

Manz. *tract. special. in Jur. Comm. voc. utilitas. caus. n. 15.*

puta ut vel certum tantum corpus vel etiam hominum genus ad commerciorum exercitium authoritate Superioris admittatur;

Heigius *quæst. 15. n. 28. & seqq.*

Wie dann auch im Gegentheil einigen fori communicatio untersagt werden kan / veluti si extranei arceantur ab eorum importatione & venditione, quæ in hoc territorio abundant,

Hartm. Pistor. *quæst. 132. part. 4.*

Partitia verò exclusio non omnes sed certos saltem actus respicit, veluti ire, ambulare per viam publicam, haurire aquam publicam, & similes. Ast verò nil impedit, quo minus quis in fundo suo molendinum non ædificet, quod aliàs vi libertatis naturalis ædificare poterat;

Schrader. *ad §. 5. I. de R. D. n. 21. & seqq.*
Tessaur. *decis. 16. n. 14.*

Et Lex venditioni adjecta valet, ne piscatio Tymnaria contra venditorem exerceatur, licet mari servitus imponi haud possit;

L. venditor. 13. comm. præd.

Denique quod de mandatis eo nomine decerni solitis dictum, rectè de singulis seu certis gentibus, si viâ publicâ impediantur, exaudit

Feltmann. *ad d. L. 5. de J. & J. n. 26.*

benè ibidem n. 27. addens, quòd exteræ gentis mercatoribus in nostras vias nihil sit juris, & proinde talia mandata haudquaquam locum habere possint, si ipsis transitus per istas denegetur, uti ibidem per exempla demonstrat.

31. Der zweyte Einwurff zielet allein auf den Religions-Frieden/ daß nach dessen Errichtung alle Hostilitäten/ auch Verbietungen Gewerbs und Handthierung im Römischen Reich unterbleiben sollen; wordurch aber die Einführungen und Extensionen der Handwercks-Zünfften/ welche einem jeden Stand des Reichs frey bleiben/ und wordurch Handel und Wandel nicht inhibiret/ sondern vielmehr auf eine gewisse Ordnung und Maas gerichtet wird/ keines Weges untersaget werden/ wie eben daraus zu sehen/ daß verschiedene Handwercker und Zünfften betreffende Reichs-Satzungen hin und wieder zu finden/ als in

Recess. Imp. *de Anno 1530. tit. 39.*
de Anno 1540. tit. 36.
de Anno 1544. tit. 39.
de Anno 1577. tit. 37. & 38.

32. Bey dem dritten Einstreuen ist das jenige/ was ex antecedenti und zufälliger Weise geschicht/ von dem jenigen/ was der ordentliche und durchgehends im Römischen Reich eingeführte Gebrauch nach sich zu ziehen pfleget/ wohl zu unterscheiden. Exemplo possunt esse pacta successoria, quæ de Jure Civili improbantur, eò quod votum captandæ mortis inducant;

L. ult. C. de Pact.

Quia

Quia verò hæc ratio ab accedenti concludit, hinc in toto Imperio ejusmodi pacta licitè ineuntur, & cumprimis inter Illustres & Nobiles valdè sunt frequentia, ceu integris tractatibus inter alios etiam demonstrarunt

Musculus *de success. convent.*
Theodoric. *de Pact. Success.*
Kellenbenz. *tr. de Renunc. Success.*

accidentia sanè tanquam extrinseca possunt abesse præter subjecti corruptionem,

L. falsa. 33. de cond. & demonstr.
Menoch. *Consil. 35. n. 19.*

neque ipsam rei per se licitæ substantiam mutare & tollere valent;

Card. Tusch. *lit. A. concl. 82.*

Wann dann die Zünfften authoritate Superioris erlaubet / dann auch 33. die Zunfft-Glieder durch löbliche Gesetze und Ordnungen im Zwang gehalten / nebst denen die jenige Stücke / so besonders ex Klockio referiret

Fritsch. *dict. tr. part. 1. cap. 2. n. 3.*

in acht genommen / und denen etwa wider Vermuthen vorkommenden schädlichen Unternehmungen durch behörige Straffe Riegel vorgeschoben werden / so sind gewißlich die Zünfften ein Mittel / wodurch Einigkeit unter allen Unterthanen gestiftet / Handthierung und Gewerb auf einen festen Fuß gestellt / und die Aufnahme des gemeinen Wesens ja des gantzen Landes mercklich befördert und unterstützet wird;

Lehmann. *in Chronic. Spir. lib. 4. cap. 14.*
Perez. *in Codic. lib. 11. tit. 17.*

Dannenhero obgleich in vorigen Zeiten der Zünften gar wenig oder 34. gar keine gewesen / so ist doch solches aus einem gewissen Absehen geschehen / in Betrachtung eine jede hohe Obrigkeit am besten hiervon zu urtheilen weiß / ob eine Zunft in ihrem Land einzuführen oder nicht / wie wohl erinnert

Fritsch. *dict. cap. 2. n. 4.*

Sonderlich aber wollen die vorige Zeiten mit denen jetzigen / da sonderlich bey dergleichen Fällen gemessene Regularitäten beobachtet werden / gar nicht vereinbaren / noch von jenen auf diese sich ein gewissen Schluß machen lassen / temporis siquidem diversitas diversitatem rerum inducit,

arg. *L. si sortem. 26. §. 12. de cond. indeb.*

& forma actui firmius celebrando superaddita sequioribus eventibus graviter obstat, cùm talis forma ab ipso actu sejungi haud possit;

cap. auditis. 29. ubi Canonist. X. de Elect.

Surdus *Consil. 282. n. 29.*

35. Indeme durch die sub n. 8. angezogene Käyserliche Befreyung / die Einführung der Zünfften keines Weges verbotten / sondern allein freyer Handel und Wandel im Heiligen Reich und dessen zugethanen Landen der Dorffschafft Rosenberg erlaubet wird / so wird auch dadurch der vierdte Zweiffel gehoben. Permissum siquidem omne, quod non prohibitum reperitur;

L. ab eâ parte. 5. de probat.

Surdus *Cons. 173. n. 72.*

& ubi verba sunt clara, nulla dubitatio & proinde nec interpretatio admittitur;

Bald. *Consil. 343. Vol. 2. in f. Vol. 2.*

etiam quando ea à Principe prolata sunt;

Decius *Cons. 173. n. 4.*

Cravetta *Cons. 4. n. 2.*

Welches dahero destomehr zu ersehen / daß auch in vorangezogenem Recess. Imp. de Ann. 1555. §. 14. freyer Handel und Wandel im Römischen Reich erlaubet wird / und dannoch durchgehends alle Zünfften zugelaßen / und solche mit guter Ordnung versehen werden / wie aus denen in Resp. ad Rat. Dubit. 2. angeführten Reichs-Abschieden offenbahr sich ergiebet.

Nebst

Nebst deme wird freyer Handel und Wandel durch Zunfft-mäßige und aller Orten Kauff-Leute findende Waaren nicht gehemmet / sondern vielmehr befördert.

Und weil die von Herrn Graf Gustav anbefohlne Zunfft-Annehmung / von Römischer Käyserlicher Majestät allergnädigst confirmiret worden / so hat es damit allerdings seine abhelffliche Maas.

Die beym Fünfften Schein-Grund erregte diutina libertatis possessio, als hätten die Rosenberger Leinweber über 40. Jahr lang das Handwerck ruhig getrieben / die Gräfliche Herrschafften auch solches nachgegeben / und hiergegen niemal einige Einrede gethan / fället dadurch / quòd ad hoc, ut libertatis possessio allegari possit, actus omissionis non sufficiat, sed etiam actus contradictionis necessarius sit, cui Superior tanto tempore acquieverit, wie nachtrücklich behaupten 36.

Gebhard. *tr. de Usucap. c. 3. n. 17. & 18.*
Wesenb. *Cons. 67. n. 18. & seqq.*
Klock. *Cons. 19. n. 30. & seqq. tom. 1.*
Brunnemann. *Cons. 167. n. 26.*

Gleichwie aber davon keine erweißliche vestigia allhier zu befinden / so kan auch die Länge sothaner Zeit zum Grund einer rechtmäßiger Possession zumal nicht gesetzet werden; remoto siquidem tali actu ceu fundamento possessionis & præscriptionis, etiam hanc protinus removeri & cessare est necesse;

L. nam origo. 8. quod vi aut clam.
Everhard. *Cons. 195. n. 5.*
Brunnemann. *d. l. n. 33. in fin.*

37. Wodurch dann auch der Sechste Zweiffel seine Abfertigung erreichet; dann obgleich die Gräfliche Herrschafften geschehen laßen / und darzu still geschwiegen / daß die Leinweber zu Rosenberg die vorhin mitgehaltene Zunfft wiederum fallen laßen / und darauf 40. biß 50. Jahr unzünfftig geblieben / so folget doch daraus gar nicht / daß hochgedachte Herrschafften es nunmehro darbey ruhen zu laßen schul-

dig und gehalten seyn sollten / dann so wenig die obmovirte possessio libertatis gezeigter massen etwas verfängt / so wenig mag auch der Herrschafften Stillschweigen denen Leinwebern einiges Recht ertheilen / indeme wegen Ermangelung des vorhergegangenen actus contradictorii tacita dominorum permissio actus merè voluntarius & liberæ facultatis geblieben / qualis in necessitatem trahi, aut jus inde radicatum acquiri nequit,

Brunnemann. *Cons. ult. n. 317. & 318.*
Add. Knichen. *de Jur. Territ. c. 3. n. 217.*

38. Anitzo nicht zu gedencken / quòd Collegia Opificum utilitatis publicæ intuitu introducantur, ut notatum in Resp. ad Rat. Dubit. 3. contra ea autem, quæ utilitatem publicam respiciunt, nulla obtendi potest præscriptio;

Abbas *ad cap. cum non de præscript. n. 1. & 13.*
Mandell. *Consil. 62. n. 35.*

39. Eine andere Beschaffenheit hat es mit dem Jure Consuetudinario, massen weil selbiges per actus à subditis frequenter celebratos entstehet / und pars juris publici ist / so kan durch die mitconcurrirende patientiam & taciturnitatem Superioris, ohne welche denen Unterthanen legem obligatoriam zu errichten zumal nicht zukombt / eine völlige Gewonheit entstehen / und auch allerdings in statu monarchico vim obligandi nach sich ziehen / worvon der angeführte Struvius handelt / hingegen hat die præscriptio juris privati das Absehen nicht alle zu obligiren / sondern allein dasjenige / was einem andern zustehet / sich zuzueignen / oder einen von seinem Recht auszuschliessen / welches dahero in gewisser Maas und nach denen allein in Rechten vorgeschriebenen Requisitis geschehen kan.

40. Bey deme / daß Siebendens vorgekehret wird / als sollte die gantze Zunfft aufgehoben werden können / wann alle Zunfft-Glieder derselben gutwillig renunciirten / wird das jenige / was allein in Contractu Societatis tanquam negotio privato Platz ergreiffet / mit demjenigen / was circa Collegia tanquam corpora publica obtiniret / aller-

allerdings confundiret und vermenget / obgleich der angeführte Fritschius darauf deutet. Dann gleichwie die hohe Obrigkeit Macht hat / die Zünfften nach Belieben anzurichten und zu extendiren / auch die Handwercker darzu zu zwingen / also ist auch dieselbe allein berechtiget / solche wiederum aufzuheben / keines Weges aber denen Handwerckern davon eigenen Gefallens abzuspringen / cùm unumquodque eodem modo quo colligatum est, dissolvi debeat;

L. nihil. 35. de R. J.

Erlaubt ist zwar denen Handwercks-Leuten / Ursachen denen Herrschafften unterthänigst vorstellig zu machen / warum sie gern sehen möchten / daß die eingeführte Zunfft wiederum aufgehoben werden möchte / es müssen aber dieselbe hierüber denen Superioribus den Ausschlag lassen / keines Weges aber sich einer eigenmächtigen Dissolution und Aufhebung der von hoher Hand confirmirten Statuten anmassen / sonsten solches für einen unzuläßigen und höchst-straffbaren Eingriff in die hohe Regalia zu halten wäre; 41.

vid. *L. per iniquum. ult. C. de Jurisd.*

Farinac. *de Crimin. quæst. 114. n. 19. seqq.*

Wie wenig mit dem achten Einstreuen ausgerichtet werde / ist dahero abzunehmen / weil deren Entzweck die Rechten darinnen fürnemlich angeben / quòd necessariam operam necessitatibus publicis exhibeant, ceu ait Callistratus in 42.

L. semper. 5. §. 12. de Jur. immunit.

& hâc ratione flos & incrementum Rerumpubl. promoveatur, in tantum, ut artificia partes civitatis cum Aristotele vocentur,

Carpzov. *lib. 1. resp. 47. n. 1.*

& impossibile sit artificibus, inter quos jam tum ingenii, naturæ, doctrinæ & institutionis magnam differentiam esse, testatur Ulpianus in

L. inter. 31. de solution.

Civitatem carere posse, & quidem elogio Siracidis;

cap. 39. vers. 36.

In

43. In welcher Absicht bey denen Ober-Herrn stehet / nicht nur auf der Unterthanen Nachsuchen / sondern auch für sich selbsten & proprio motu dieselbe dem gemeinen Wesen zum besten Jure Regalium anzuordnen / auch opifices invitos darzu zu compelliren / wie oben in Rat. Decid. 10. allbereits erhärtet worden / auch mehrers dahero bewähret wird / quòd Collegia Opificum sint munera publica,

Mevius *part. 2. decis. 155. n. 3.*

talia autem invitis quoque imponi posse, probatur per

L. munus. 214. de V. S.

Und hindert nicht / quòd invito non detur beneficium, massen solches allein statt findet in denen beneficiis, so einer gewissen Person allein zu gut kommen / da hingegen die Handwercks-Zünfften ihre Nutzbarkeit dem gantzen Land und gemeinen Besten ertheilen / wie allbereit mehrmals berühret worden;

44. Von denen Privilegiis kan auch kein Gegensatz gemacht werden / indeme nicht unbekannt / quòd & talia quandoque proprio motu à Superiore & citra alicujus instantiam conferri possint & soleant, uti exemplo possunt esse ea, quæ ob merita conceduntur vel etiam remissionem consuetorum onerum post se trahunt,

§. 6. J. de J. N. G. & Civ.

Mevius *part. 7. decis. 30. n. 2. & 3.*

45. Auf den Neunten Schein-Grund ist zu antworten / daß auch einer von denen Condominis dasjenige / was zu aller Nutzen gereichet / und nebst dem / wodurch dem gantzen Land viel gutes zuwegen gebracht wird / veranstalten könne;

L. si quis. 6. §. ult. comm. divid.

Gail. *de Pignorat. c. 20. n. 5. & 9.*

Welches destomehr angehet / wann die andere davon Wissenschafft haben / darzu stillschweigen / und dargegen im geringsten keine Beschwerde führen / wie cum Fulvio Paciano wol beglaubt macht

Brunnemann. *Cons. 161. n. 46.*

cùm consensus & ratificatio non minus re quàm verbis declarari possit;

L. non tantum. 5. rem rat. hab.

Daß aber 10.) die Dorffschafften zu Ubernehmung der Zünfften nicht sollten capabel seyn / muß einig und allein von einer separaten und völligen Einrichtung / gleichwie solche in denen Städten geschicht / verstanden werden; Allhier aber ist davon die Frage nicht / sondern allein von der Zunfft-Genoßenschafft / so die Dorffschafft Rosenberg mit der Gräflichen Residenz-Stadt Weissenfels halten solle / und zwar absonderlich die Leinweber / woran im geringsten das Dorffwesen keine Hinderung thun kan / cùm opificia non loco sed opportunitate & exercitio æstimari conveniat, idque probet 46.

R. I. *de Ann. 1530. tit. 39. ibi:* in Städten und Flecken.

Besonders da die Interpp. die Leinweber in denen Dörffern / so billich die Zünfften mithalten müßen / excipiren / wie zu sehen beym

Beyer. *d. tr. de Coll. Opific. c. 9. §. 17. & 19.*

auch anbey die allgemeine Observanz davon ein unvorgreiffliches Beyspiel darleget / allermassen schon hiervon Erinnerung gethan in Rat. Decid. ultim.

Der zum Eilfften angeführte Reichs-Abschied. 47.

de Anno 1530. §. 39. n. 2.

redet allein von denen allschon eingeführten Handwerckern und Zünfften / wie auch von solchen Ordnungen / welche besonders die Handwercks-Söhne / Gesellen / Knecht und Lehr-Knaben angehen; Einfolglich will solches auf gegenwärtigen Fall / da eine Dorffschafft mit der Haupt-Stadt die Leinweber-Zunfft und deren Ordnungen mit zu observiren angehalten wird / sich gar nicht appliciren laßen; Quod ergo in certis saltem casibus dispositum, ad alios extendi haud potest, cùm dispositio limitata limitatum producat effectum;

Cephal. *Consil. 284. n. 13. lib. 2.*

Cardin. Tusch. *lit. D. concl. 494. per tot.*

Et dispositio non inveniat locum, quando verba dispositionis non conveniunt,

L. quod constitutum. 21. de milit. Testam.

Tusch. *d. lit. D. concl. 493.*

48. Letzlich und zum 12.) muß wohl in acht genommen werden / daß ein grosser Unterscheid seye inter Monopalia privata tanquam propriè ita dicta, so allein die mercatores concerniren / & inter publica, impropriè & analogicè sic appellata, welche bloßhin denen Handwercksleuten zukommen. Jene allein werden

in L. unic. C. de Monop.

wie auch droben angezogenen Reichs-Abschieden verbotten / diese aber gehet solches im geringsten nicht an / indeme selbige publicâ authoritate angeordnet / und zu Beförderung des gemeinen Bestens sustiniret werden / wie solche Differenz solidè zeiget und in acht nimbt

Marquard. *tract. de Jur. Mercat. lib. 4. cap. 6. n. 47. & seqq. cap. 7. per tot.*

49. Sollte es dann gleich geschehen / daß auch zuweilen die Zünfften dann und wann einige auf verbottene Monopolia hinaus lauffende heimliche Pacta & Statuta zu errichten sich gelüsten lassen wollten / so ist allschon der Weg in denen vielfältig angezogenen Reichs-Abschieden gezeiget / wie der Schärffe nach solchen zu begegnen / und selbige allerdings zu vernichten und zu cassiren seyen.

Eine jedwede hohe Herrschafft thut auch in ihrem Land solche gute Anordnung / und weiset die jenige / so sie zu Inspectoren über die Zünffte gesetzet / an / dißfalls ein wachtsames Auge zu haben / daß daher unter den Prætext der verborgenen Monopolien von niemanden einiger Behelff genommen werden mag. Neque enim inde prætextus sumi potest, quod non saltem sub pœnâ nullitatis prohibetur;

L. non dubium est. 5. C. de LL.

& cui extirpando sollicita provisio adhibetur;

Proëm. Clem. Extrav. in fin. de relig. domib.

verum

verum etiam ubi pœnæ tum ordinariæ tum extraordinariæ transgressoribus sunt præstitutæ, cùm qui errantes condemnat, excessus & peccata se odisse probet,

can. facientis. 3. dist. 86.

Sicut enim maleficia fieri malum est etiam propter exemplum aliorum,

arg. *L. absentem. 5. vers. adversus. de pœn.*

ita etiam ob publicæ disciplinæ vigorem pœna unius vel aliquorum metus multorum esse debet;

L. ut unius. 1. C. ad L. Jul. repet.

L. si vindicari. 20. C. de Pœn.

Und wann ja die Dorffschafft Rosenberg Beysorge trüge / es mögten etwa dergleichen Dinge / so verbotten wären / bey dieser Zunfft-Genossenschafft verborgen liegen / quod tamen non præsumitur, cùm illicita nunquam præsumantur, sed probanda sint; 50.

L. meritò. 51. pro soc.

L. dolum. 6. C. de dol. mal.

Von welchen sie lieber zeitig abstrahiren als sich deren theilhafftig machen wollten / cùm satius sit in tempore occurrere, quam post vulneratam causam remedium quærere; 51.

L. ult. in fin. C. in quibus caus. in integr. rest. non est necess.

So kan sie doch bey Eintrettung in die Zunfft und Verlinderung zu denen dabey üblichen Statutis sich vermittelst einer genugsamen Protestation gegen alles etwa nicht zu vermuthen stehendes verborgenes sattsam salviren / cùm protestatio conservet jus protestantis; 52.

L. de pupillo. 5. §. 7. ubi Dd. de oper. nov. nunc.

omnemque participationem eorum, quæ sunt prohibita, tollat,

Bald. *in auth. sed cum Testator. C. ad L. Cornel. de fals.*

& tanquam species legitimæ provisionis nullam habeat & inferat injuriam.

L. 13. in pr. de injur.

Wesenb. *cons. 33. n. 29. part. 1.*

CONSILIUM ſeu RESPONSUM *XXXV.*

DE DIVORTIO, PRIVATIONE USUSFRUCTUS ET JURIS SUCCEDENDI IN BONIS UXORIS, REVOCATIONE PACTORUM DOTALIUM, DENEGATIONE FRUCTUUM EX REBUS DOTALIBUS PROVENIENTIUM EORUMQUE ALIENATIONE, NEC NON CUMULATIONE ACTIONIS INJURIARUM.

Von einem Ehe-Scheidungs-Proceſs, verluſtig gemachten Abnutzen und Succeſſions-Recht in der Frauen Güttern / Widerruffung derer Ehe-Pacten / Verweigerung derer von denen Dotal-Güttern fälligen Früchten und deren Veräuſſerung / wie auch cumulirung der Injurien-Klage.

SUMMARIA.

1. *Separatio quoad thorum & menſam non totale ſed partiale eſt divortium, quo nec communio vitæ nec uſusfructus adimitur.*
2. *Amiſſionem lucrorum nuptialium aliorumve jurium totale ſolùm haud verò partiale divortium inducit.*
3. *Si divortium ſit ſecutum, matrimonium verò jure duret, ſucceſſio, tamen protinus evaneſcit.*
4. *Loco divortii ſeparatio thori & menſæ introducta ac proinde ejusdem qualitatis eſſe cenſetur.*
5. *Uti ſeparatio culpa mulieris facta dotis amiſſionem ita etiam, quæ per ſævitiam mariti fit, uſusfructus nec non ſucceſſionis jacturam involvit.*

6. *Quem-*

6. *Quemadmodum maritus crudelis onera matrimonii non fert, ita etiam commodum ususfructus percipere nequit.*

7. *Potestatis maritalis abusus illam nec non jura inde dependentia aufert, quod ampliatur.*

8. *Nec non Interpretum authoritatibus firmatur.*

9. *Separatio quoad thorum & mensam licet non vinculis matrimonii, conjunctionem tamen animorum, unde ususfructus & jus succedendi dependet, tollit.*

10. *Divortium sive separatio matrimonio subsistente & durante successionem aufert & sub divortio totali etiam partiale comprehenditur.*

11. *Post separationem maritus in pœnam culpæ & sævitiæ commissæ uxori ad alimenta obstringitur, huic tamen loco alimentorum restitutionem dotis & bonorum petere liberum est.*

12. *An per separationem uxor juris sui privetur, disquiritur, & negativa asseritur.*

13. *Successio solùm quoad universitatem bonorum haud verò succedentes ipsos individua dicitur.*

14. *Revocatio pactorum dotalium cur Uxori non conducat?*

15. *Marito absq; prævià causæ cognitione & subsecutâ reali separatione maritalia aliave jura auferri nequeunt.*

16. *Concurrentibus in præsenti casu circumstantiis singularibus Uxori post separationem fructus dotales propriis usibus applicare, nec non partem bonorum dotalium alienare omninò licuisse evincitur.*

17. *Adversus Conjugem in honorem matrimonii non actio injuriarum, ob gravitatem tamen injuriæ realis actio in factum intentari potest.*

18. *In marito animus injuriandi neutiquam præsumitur, ex facti tamen gravioris qualitate in reali, & verbis valdè probrosis in verbali colligitur.*

SPECIES FACTI.

Titius und Christina haben einander geheyrathet / und in Pactis dotalibus bey Beschreitung ihrer Ehe versehen / daß maritus loco dotis bey Christinen auf ihren Güttern wohnen / auch dieselbe genießen / und in casum mortis non existentiam liberorum superstes alle des Defuncti Verlassenschafft erben solle / nachgehends jedoch hat maritus Titius gegen uxorem Christinen sehr lange Zeit über beständig sæviiret / und sind sie nicht allein zu einem Ehe-Scheidungs-Procefs deswegen erwachsen / sondern maritus ist einesmals von Herrn Richter unvermerckt / was es betroffen / vorgefordert / auch weil die Sævitia guten Theils schon notoria, bey 100. Reichs-Thaler befehlicht worden / biß zur anderwärtlicher Erlaubnüs keinen Fuß hinwieder in seines Ehe-Weibes Christinen Hauß zu setzen / von welcher Zeit an er pendente processu noch immer anderswo sich aufhält / hat inzwischen begehret / weil er 300. Reichs-Thaler zu bemeldter seiner Frauen eingebracht / daß ihm solche extradiret werden möchten / seine Haußfrau aber hat unterm Vorwand / sie habe ihm 100. Reichs-Thaler zu Bezahlung seiner Hochzeit-Kleider gelehnet / item seye ihr alles das Seine wegen seiner Gegen-Vermächtnus afficiret / renuiret vor erfolgter definitio in der Haupt-Sache seine 300. Reichs-Thaler ihme abfolgen zu lassen / und sind kurtz hernach durch gewaltsamen nächtlichen Einbruch diese 300. Reichs-Thaler aus der Christinen Hauß notoriè gestohlen worden.

Nun ist die Sevitia dergestalt excessio und incorrigibilis gewesen / daß da darvorgehalten wurde / es möchte / wo nicht sobald / doch wann sie etwa einige Zeit quoad thorum & mensam geschieden gewesen seyn würden / auch reconciliatio unterbleibet / omnimoda vinculi matrimonialis dissolutio erfolgen / und wird überleget / wie die Christina außerhalb ihrem Suchen divortii ihre übrige petita zu formiren habe; Zu dessen besserer Erläuterung angefüget wird / daß Titius in pactis dotalibus fundiret / auch weil bey der separatione quoad thorum & mensam

mensam das Jus Successionis verbleibet / usumfructum in pacto dotali constitutum &, præsertim post uxoris mortem, successionem in omnibus uxoris relictis bonis suchet. Läst nun Christinen den punctum successionis in pacto dotalium revociret / so hätte Titius auf den Fall / wann das vinculum matrimonii nicht solviret werden sollte / Uxori würcklich in allen zu succediren / revociret aber Christina / wie sie ex capite, quòd pacta dotalia causam ultimæ voluntatis contineant, rechtliche Macht hat / die darinnen enthaltene Successions-Verordnung / so gewinnet es (1.) das Ansehen / daß sie / als vor dem begangenen Diebstahl Titius Quæst. seine 300. Rthlr. und dannenhero von ihr abgefordert / ihm selbige widerrechtlich vorenthalten habe / culpâ der Christinen solche gestohlen / auch sie zu derer Erstattung dem Titio gehalten seye / wiewohlen doch / wann itzo erst post commissum furtum, sie die Quæst. Revocation thut / vormals tempore furti singula Titii bona wegen geschehener seiner Gegen-Vermächtnuß ihr afficiret gewesen seynd. (2.) Hat uxor (argumento, wann propter adulterium vel malitiosam desertionem sich eine Ehe-Scheidung begiebt / daß conjux innocens portionem Statuto aut Lege civili vel Pacto dotali debitam lucriret) Hoffnung / auf dem Fall / daß das Ehe-Band sobalden oder doch post separationem quoad thorum & mensam getrennet werden möchte / propter delictum mariti das lucrum conjugale zu gewarten / welches in casum mortis naturalis mariti in Pacto dotali destinatum ihr heimgefallen wäre / sie sorget aber / daß dessen sie nicht allein ermanglen müste / woferne die Pacta dotalia sie cassiren würde / sondern es ist (3.) klar / daß nicht allein ad portionem Juris Civilis revocatis Pactis dotalibus von deswegen sie gelangen können / weil ihre eigene Mittel zu ihrem Unterhalt groß genug sind / und wird (4.) gezweiffelt / ob sie eine Portionem statutariam suchen könne / weil sie in keiner Gemeinde / sondern als Edelleute gantz allein von andern abgesondert wohnen / und in ihren Ehe-Pacten gesetzet ist / daß nach allgemeinen Rechten die darinnen nit bemeldte Fälle entschieden werden sollen.

Præter

Præter hæc kombt zu ponderiren / ob das Jus Successionis, welches bey der Separation quoad thorum & mensam marito in thesi vor sich unstrittig competiret / per modum exceptionis ex capite indigni könne elidiret / auch maritus successionem petens arciret oder exceptione hâc repelliret werden.

Item hat es das Ansehen / daß vor allen von der Christina das Petitum mit dahin einzurichten seye / daß wegen Quæst. sævirens auch schwerer verbal und real Injurien ihr der Titius etwa in eine Geld-Summa (etwa von 10000 biß 20000. Reichs-Thaler) condemniret werden möchte / ob dergestalten per indirectum, so viel ex Bonis Titii Christina bey dessen Leben erhalten können / als viel er von der Christinen nach dero Tod (in Unterbleibung der Trennung des Ehe-Bandes) von ihr an 20000. Reichs-Thaler anlauffend zu erben hätte / dann Christina gewiß davor hält / daß der instituirten divortien action actio injuriarum æstimatoria mit Nachtruck könne cumuliret werden.

Es wird sonsten nicht davor gehalten / daß Christina sich resolviren werde in anderwärtige Ehe zu schreiten / welchenfalls die Ehe-Scheidung Quæst. nicht so sehr zu dem Ende / daß Sie wieder heyrathen möge / sondern bloß zu dem Intent verlanget würde; Daß (1.) Titius nichts von ihr lucriren oder erben solle / und daß (2.) im Gegentheil Sie vielmehr sich seines Vermögens bemächtigen möge;

Indeme Titius obigem nach / keinen dotem und nichts von Mitteln der Christina pro tempore weiter in administration oder Händen hat / so hat sie / seither von ihrem Gut ausgewichen ist / keine Alimentation von ihm begehret / kan und will auch auf dem Fall / auf Tisch und Bett sie / geschieden werden sollten / künfftig ferner keine von ihm begehren / woraus sich inferiret / daß eben so sehr ihr allein durch die Ehe-Scheidung auf Tisch und Bett geholffen wird / woferne man nur benimbt daß auf den Todes-Fall Titius nichts von ihr erben oder überkommen könne / welches schon scheinet zu geschehen / wann die Christina den Punctum Successionis in denen Ehe-Pactis widerruffet.

Titius

Titius fundirt starck / daß / weil per modum conventionis & pacti simplicis er ein dotalitium auf allen der Christina Vermögen hat / und kein fundus dotalis invito marito alieniret werden dörffte / sie nichts alieniren / auch 6. Morgen Landes / welche sie pendente processu alieniret hat / er vindiciren könne.

RESPONSUM.

DEmnach über beygefügte Facti Speciem mein Rechtliches Bedencken erfordert worden / als habe nach dessen fleißiger Verleß- und Erwegung selbiges entwerffen / und hiebey salvo tamen rectius sentientium judicio communiciren wollen. Und dieweil Christina gegen Titium maritum ob nimiam & intolorabilem sævitiam eine divortien-Klage angestellet / und dabey die mit ihme tempore contracti matrimonii aufgerichtete Pacta dotalia, Krafft welcher sie ihn weniger nicht zu sich auf ihre Gütter genommen / und deren Genoß verstattet / als auch den letztlebenden omnimoda prædefuncti Conjugis successio in casum non existentium liberorum deferiret worden / zu revociren gemeynet / dabey aber in Sorgen stehet / daß durch sothane revocation sie nicht allein die vom marito eingebrachte / und nachgehends wieder zurückgeforderte / nach verweigerter Restitution aber / durch gewaltsamen in der Christinen Hauß beschehenen Einbruch entwendete 300. Reichs-Thaler ihme ersetzen muß / sondern auch des sonsten sowohl vi pactorum, als auch Legis & Statuti zu erwarten habenden lucri conjugalis, zumal da von ihren eigenen Güttern sie einen genugsamen Unterhalt haben kan / gäntzlich sich entsetzen möchte / als fället hiebey sonderlich diese Haupt-Frage für: Wie und welcher Gestalten sie bey der instituirten divortien-Klage ihre übrige Petita mit Bestand und zu Erhaltung ihres Zwecks einrichten müße? Diese nun wird ohnschwer zu erörtern seyn / daferne vorhero rechtlich untersuchet wird;

Ob 1.) Titius im Fall er von Christinen quoad thorum & men-

sam geschieden / und von dieser die Ehe-Pacten nicht widerruffen werden sollten / sich dannoch des Ususfructus und nach deren tödtlichen Hintritt des juris succedendi zu erfreuen habe?

Wann 2.) maritus ob separationem ab usufructu & successione removirt werden sollte / ob alsdann auch uxor innocens & separationem petens alles des jenigen / was sie vermöge Pactorum dotalium oder auch sonsten zu fordern / gleichmäßig entsetzet werde?

Ob 3.) rathsam seye / daß Christina die mit Titio aufgerichtete Ehe-Pacten widerruffe?

Ob 4.) Titio ob admissam sævitiam fructus rerum dotalium denegiret und ohne dessen Consens etwas von denen Güttern / so lange keine Separatio erfolget / veräußert werden könne?

Ob 5.) Christina Titium actione injuriarum belangen / und solche mit der angestellten divortien-Klage cumuliren könne?

1. So viel nun die Erste Frage betrifft / so scheinet Titio zu Erhärtung des Ususfructus und Juris Succedendi nachtrücklichen Vorschub zu thun / quòd separatio quoad thorum & mensam non totale sed partiale & domesticum sit divortium,

cap. quæsivit. 2. X. de divort.

quo sicut communio vitæ non tollatur, ita nec ususfructus aliave jura quæsita adimantur,

Finckelthaus. *Observ. Practic. 31. per tot.*

præprimis cùm spes reconciliationis etiamnum subsit, quæ tanquam favorabilis expectanda quin & modis omnibus promovenda,

can. injustum. 89. caus. 11. quæst. 3.

adeò ut hâc subsecutâ Conjuges ad cohabitandum compelli possint,

Carpzov. *J. E. lib. 3. tit. 12. def. 216. n. 6.*

& omnia in Pactis dotalibus haud revocatis contenta removentur ac reviviscant,

L. 30.

L. 30. L. 40. de Jur. dot.

Worzu dann kombt / quòd amissio lucrorum nuptialium aliorum- 2.
ve jurium allein totali divortio zugeschrieben werde /

L. 8. §. 4. & 5. C. de repud.

adeòque argumento à contrario sensu petito, quod in Jure est fortissimum,

Tabor. *de Testam. Princ. aut Com. obl. c. 7. n. 1. seq.*

in divortio partiali keine statt finden könne; wie dann solche Meynung nicht allein vertheidiget / sondern auch mit verschiedene Præjudiciis behauptet

Carpzov. *dict. lib. 2. tit. 12. def. 215. per tot.*

Imgleichen auch cum expresso hoc asserto, quod sicut maritus per talem separationem nec usumfructum nec portionem statutariam amittat, ita nec mulier vivente marito alimentis, eo verò mortuo dotalitio, aliisve juribus privetur, deroselben beyschlägt

Henelius ab Hennenfeld. *tract. de Jure dotal. cap. 10. §. 20. lit. H. & seqq.*

Diesem allem doch ungehindert kan mit mehrerem und beständigerem 3.
Beyfall Rechtens behauptet werden / daß Titio usufructus & jus succedendi solchenfalls keines wegen zukomme / immassen erstlich fundamentum successionis Conjugalis in omnimodâ matrimonii integritate ac debitâ pacatâque cohabitatione bestehet / adeò ut si divortium sit secutum, matrimonium verò jure duret, tamen successio protinus evanescat, wie austrücklich zu sehen beym Ulpiano

in *L. unic. unde vir. & uxor.*

cònstat autem per separationem mensæ & thori judicialiter factam divortium fieri, matrimonii verò vinculum jure durare,

Kohl. *tract. de Success. Conjugum. part. prior. n. 39. vers. deinde.*

Bevorab da zum andern an statt des vorhin erlaubt gewesenen divortii 4.

nunmehro dicta separatio eingeführet / und dahero mit jenem einer Natur und Eigenschafft ist /

Kohl. *dict. loc. n. 39. vers. verum. in fin.*

Surrogatum enim quoad omnes qualitates & causas sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur,

arg. *L. 54. de Jur. dot.*

cap. 3. X. ut lit. pendente.

præcipuè, quando non subest justa diversitatis ratio,

arg. *L. 1. §. 13. de Success. edict.*

5. Gleichwie auch Drittens separatio culpâ mulieris facta dotis amissionem nach sich ziehet /

cap. 1. de donat. int. vir. & uxor.

Also ist gleichfalls billich / daß die per sævitiam mariti verursachte Trennung ihn des Genusses und der Succession, zumal da ohnedem ingratitudo den Verlust eines Beneficii nach sich ziehet /

L. ult. C. de revoc. donat.

Novell. 115.

beraube / allermassen solches bestärcken

Gail. *lib. 1. Obs. 17. n. 5.*

Berlich. *part. 3. Concl. 36. n. 28.*

6. Ferner ist Vierdtens bekandt / quòd usufructus marito propter onera matrimonii debeatur, hæc autem, cùm maritus crudelis non ferat etiam commodum usufructus percipere, nequit, per tradita

Brunnemanni *ad L. 38. solut. matrim. num. 6.*

7. So ist auch Fünfftens sævitia potestatis maritalis abusus, hic autem cùm dominium & patriam potestatem auferat,

§. ult. I. de his, qui sui vel alieni jur. sunt.

L. ult. si quis à par. manum. fuer.

meritò

meritò etiam maritalem, ac jura inde dependentia auferre debet;

arg. *L. 48. pr. de Oper. libert.*

Manz. *special. abusus. n. 29. & 35.*

Dannenhero auch entstanden / ut uxor ob immanem mariti crudelitatem & odium capitale probæ ac honestæ matronæ committi possit,

cap. ex transmissâ. X. de restit. spoliat.

in tantum ut nec cautio à marito oblata ejusdem sequestrationem impediat, ceu tradit

Cludius *tract. de jur. sequestr. c. 5. n. 54.*

Letzlich und zum Sechsten fallen auch dieser Meynung viele vornehme Rechts-Gelehrte bey / welche der Länge nach anführet 8.

Kohl. *dict. loc. n. 38. & seqq. ubi concludit, quod si judicialiter ob culpam Conjugis separatio quoad thorum & mensam facta sit & ad obitum usq; duraverit, jus succedendi superstiti denegetur.*

Welchem allem dann obig-angeführte Rationes dubitandi wenig Abbruch thun / dann obwohl nicht ohn / daß sothane Separatio Vinculum Matrimonii nicht trennet / so ist doch unlaugbar / daß selbige conjunctionem animorum, an welcher und nicht am vinculo matrimoniali usufructus & jus succedendi hanget / 9.

L. unic. unde vir & uxor.

Kohl. *d. l. n. 39. vers. deinde. in fin.*

aufhebe und verrichte. Weßwegen auch Spes Reconciliationis, als welche bey erbitterten und solchen Gemütern / so von der Obrigkeit keines Wegs vereiniget werden können / und dahero getrennet werden müssen / schwerlich oder gar nicht erfolget / nichts verfangen kan; bevorab da ex solâ spe so wenig ein Recht erlanget / als auch das verlohrne erhalten werden kan /

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 17. c. 45.*

10. So kan auch ex adducto Rescripto

L. 8. §. 4. & 5. C. de repud.

nichts widriges sondern vielmehr dieses geschlossen werden / daß gleichwie auch divortium sive separatio matrimonio subsistente & durante die Succession aufhebt / ceu dictum

ex *L. unic. unde vir. & uxor.*

also auch sub divortio totali etiam partiale von denen Imperatoribus verstanden werde; Wie dann ohnedas argumentum à contrario sensu, wann in casu contrario eadem & non contraria militat ratio, keine statt findet / uti benè tradit

Everhard. *loc. à contr. sens. p. m. 45.*

11. Was die angeführte Autores betrifft / so werden selbige vielmehr de Jure Saxonico als communi, wie dann

Carpzovius *adducto loco, ut & part. 3. const. 26. def. 15.*

Constitutionem Saxonicam, und mit ihme Henel. ab Hennenfeld. Præjudicia Saxonica anführen / und bindert nicht / daß post separationem maritus uxorem zu alimentiren gehalten seye / wie solches

Carpzov. *citato loco.*

anführet / gestalten solches dem marito vielmehr in pœnam culpæ ac sævitiæ comissæ oblieget / als dadurch einig Recht erzwungen und zugeschrieben werden kan / massen auch hierauf selbsten deutet

Carpzov. *J. E. def. 213. n. 7.*

Es kan auch die Frau ob sævitiam & metum insidiarum vom marito keine alimenta begehren / und dadurch von der Obrigkeit restitutionem dotis & bonorum erhalten / wie notabiliter bemercket

Brunnemann. *ad L. 38. sol. matr. n. 5. ubi in fine ita ait: & iniquissimum videtur, ut maritus repellat uxorem vel ita tractet, ut uxor petere cogatur separationem, simulq; pati cogatur, ut maritus bonis suis fruatur.*

12. Bey der andern Frage sind etzliche Rechts-Lehrer der Meynung / daß

daß auch die Frau per separationem ihres rechtmäßigen Anspruchs beraubet werde / quia causa successionis sit individua & separatio societatem conjugalem non parùm labefactet, wie solches aufgezeichnet

Kohl. *dict. part. prior. n. 39. vers. sed hoc in eo.*

welchem dann beyzuschlagen scheinet / quòd contrario admisso pacta dotalia claudicarent & ex unâ saltem non verò utrâque parte obligarent, quod fieri nequeat,

L. 13. §. 27. de act. empt.

allein dieser Meynung widerspricht weniger nicht mit bewehrten Rechts-Gründen / als auch einstimmiger Approbation aller übrigen Rechts-Gelehrten /

sæpius laudatus Kohl. *dict. loc. n. 40.* ubi addit Grassum dicentem, omnes consentire.

In mehrerer Erwegung / daß successio allein quoad universitatem 13.
bonorum,

L. 7. de R. J.

nicht aber succedentes ipsos, deren einer wohl sein Recht verliehren / der ander aber seines erhalten kan / individua genennet werde. Ingleichen hebt zwar die separatio societatem conjugalem auf / jedoch wider Willen des jenigen so daran unschuldig / und ob nimiam sævitiam solche zu suchen gemüßiget wird / welches dahero facti alieni pœnam keines Weges zu leiden schuldig. Woher es dann auch kombt / daß da sonsten die Contractus & Pacta beyderseits obligiren müßen / jedennoch geschehen könne / ut ex postfacto & ex unius admisso claudicare valeant,

arg. *can. 19. caus. 32. quæst. 7.*

Durch Beantwortung der zwey vorgesetzten Fragen / findet sich 14.
auch die Entscheidung der Dritten / daß nemlich revocatio pactorum dotalium der Christinen keines Wegs nützlich / sondern vielmehr schädlich fallen würde; Dann soviel Titium betrifft / hat selbiger nach Anleitung

leitung der ersten Fragen / nach erfolgter Separation sich keines Vortheils ex Pactis dotalibus zu getrösten / hingegen wird bey selbigen Christina ihrer Unschuld wegen / kräfftiglich geschützet und erhalten / wie die zweyte Frage bestehet: Wann dannenhero sie die Ehe-Pacten widerruffen wollten / würde sie sich selbsten ihres Rechtens und sonderlich der Succession, welche sich doch einig und allein auf diesen Pactis gründet / begeben / und hiedurch Titii agnatis uxorem excludentibus Lufft machen / auch überdas wegen der von Titio eingebrachten 300. Reichs-Thaler / als hätte factâ restitutione deren Entwendung verhütet werden können / mit selbigen in Weitläufftigkeit gerathen / da hingegen firmis pactis manentibus securitas ratione donationis propter nuptias vorgeschützet / und dadurch imputata culpa in non restituendo commissa jederzeit decliniret werden kan.

15. Auf die Vierdte Frage ist zu wißen / daß so lang keine würckliche separatio quoad thorum & mensam inter Conjuges vorgehet / so lange könne auch marito ob sævitiam fructus rerum dotalium mit keinem Fuge denegiret / oder auch ein Stück ohne dessen Consens darvon veräußert werden:

Quamvis enim separationis causa sit sævitia non tamen marito sine præviâ justâ causæ cognitione jura maritalia aliavè pactis dotalibus quæsita, auferri & denegari possunt,

cap. 15. in fin. X. de restit. spoliati.

Dannenhero auch die Interpp. anderster nicht als post separationem marito dotem, administrationem maritalem & alia emolumenta abschneiden /

Brunnemann. *ad d. L. 38. sol. matr. n. 6.*

Abraham. à Wesel. *tract. de pact. dotal. tr. 2. cap. 4. n. 36.*

und folglich will es das Ansehen gewinnen / daß die inzwischen von Christina veräußerte 6. Morgen Landes à marito ceu domino dotis, vindiciren werden könnten.

16. Nichts destoweniger / weil wir allhier in solchen Terminis versiren /

ren / da 1.) Christina seithero von Titio keine Alimenta genossen / und folglich dahero ihme keinen Nutzen zu vergönnen schuldig /

arg. *l. 10. de R. J.*

conf. Brunnemann. *ad dict. L. 38. n. 5.*

Die Sævitia auch 2.) dem Bericht nach so excessiv, daß sie mit Titio de alienatione jugerum zu communiciren sich nicht erkühnen dürffen / excusatur autem, qui metu alicujus periculi quicquam omittit,

Mevius *part. 7. decis. 209. n. 4.*

Zumal da 3.) Titio bey 100. Reichs-Thaler Straff keinen Fuß weiter in der Christinen Hauß zu setzen anbefohlen worden / dannenhero billich sothane austeritas, crudelitas & sævitia verursachet / ut à lege generali recedi possit,

Manz. *special. Abusus in princ. ubi multa singularia cumulat.*

Auch 4.) allbereits an deme / daß processu divortii jam intentato & conciliatione frustra tentatâ die würckliche Separatio erkandt und vollzogen werden dörffte / nihil autem abesse dicitur, quod parum abest,

Gloss. *in L. penult. de milit. Testam.*

Anjetzo 5.) zu geschweigen / daß Christina Titio keinen gewissen dotem, sondern nur die Aufnahm in ihre Gütter und deren Genuß versprochen / quando autem nullâ dotis mentione factâ mulier maritum omnibus suis bonis frui permittit, bona non dotalia, sed paraphernalia, quorum donum mulier retinet, intelliguntur;

Thoming. *decis. 18. & 30.*

Als wird Christinen die bißherige Verweigerung fructuum dotalium, wie auch die Veräusserung der 6. Morgen Landes keines Weges verärgert / noch vor unkräfftig gehalten werden können.

Die Letzte und Fünffte Frage betreffend / so kan zwar actio injuriarum in honorem matrimonii adversus Conjugem keinen Platz finden / 17.

L. 2. rerum amot.

wohl aber ob gravitatem injuriæ realis actio in factum,

Sand. *lib. 5. tit. 8. def. 9.*

welche auch mit der Divortien-Klage / als welche rei persecutoriæ nicht unähnlich / da hingegen jene pœnalis ist / und auf meram vindictam zielet / wohl cumuliret werden kan /

arg. *L. 34. de O. & A.*

conf. Gail. *1. Observ. 63. n. 9.*

Hartmann. *lib. 2. Obs. 3. n. 10.*

Carpzov. *part. 1. dec. 32. per tot.*

Wie hoch aber die Injurien zu schätzen / muß nicht allein ex qualitate personarum verum etiam dictorum & factorum aliisve circumstantiis ermessen / sonderlich bey denen Injurien animus injuriandi zuförderst erweisen werden / in marito enim talis neutiquam præsumitur,

Carpzov. *J. E. lib. 3. def. 99. n. 6.*

cùm ratio conjunctionis præsumptionem inferendæ injuriæ tollat,

Gail. *lib. 2. Obs. 106. n. 6.*

Ex facti tamen gravioris qualitate in reali & verbis valde probrosis in verbali ejusmodi animus præsumi & colligi solet.

Colleg. Argent. *tit. de injur. th. 10. n. 11.*

Aus allem dem / was bißhero der Länge nach Rechtlich deducirt worden / leget sich die Entscheidung der noch übrigen Haupt-Frage von selbsten dar / es müsse nemlich Christina ihre Petita solcher Gestalten einrichten / daß sie von Titio wegen unmenschlicher und unerträglicher gegen sie verübter Crudelität weniger nicht quoad thorum & mensam geschieden / als auch ihme der vermittelst der Ehe-Pacten eingeraumbte Genoß aller ihrer Gütter / so dann die in casum mortis & non existentium liberorum heimfallende Successio, nebst dem / was er wegen der bißhero nicht genossenen Früchten und ihrer Seits

vorge-

vorgenommenen Veräusserung der 6. Morgen Landes / oder sonsten quocunque modo prætendiren möchte / allerdings ab- hingegen aber ihr ob innocentiam der freye Eigenthum und Gebrauch aller ihrer Gütter / und im Fall sie überleben sollte des Titii gantze Verlassenschafft benebenst einer Summ (quæ inseri debet) massen so hoch sie die grausame von ihm eingenommene und höchstens zu Gemüth gezogene Real- und Verbal-Injurien æstimirete / zuerkandt / und er in die unbillich verursachete Unkosten condemniret werden mögte.

CONSILIUM seu RESPONSUM *XXXVI.*

IN CAUSA POSSESORII PRO DEBITO EX TUTELA RESULTANTE CONSTITUTI, INQUE EO ADMISSÆ TURBATIONIS.

Von dem constituto possessorio wegen verwalteter Vormundschafft und dahero erwachsener Schuld Forderung / auch dargegen verübter Turbation.

SUMMARIA.

1. *Constitutum possessorium tum demum possessionis translationem operatur, quando tituli interventus docetur, tametsi Dominii translativus non sit.*
2. *Agnitio Instrumenti cumprimis judicialiter facta enixam debendi voluntatem arguit, nec postmodum temeraria revocatione subverti potest.*
3. *Ut possessorium constitutum valeat, constituentis voluntas & constituarii acceptatio sive ratificatio desideratur.*
4. *Verba :* In vim constituti Possessorii Ein- und Untergeben / *traditionem demonstrant , & non pro enunciativis sed dispositivis*

sitivis habenda.

5. *Clausula Constituti non raro ex consuetudine Notariorum adjici solet, diversum tamen obtinet, quando Judex cumprimis causæ cognitione adhibitâ & partibus præsentibus eam adjecit.*

6. *Ad validitatem Possessorii constituti requiritur, constituentem eo tempore, quo constituit, in actuali possessione fuisse.*

7. *Bona etiam universa licet sigillatim non expressa possessorio constituto subjici possunt.*

8. *Vi constituti Possessorii simplicis non civilis saltem verum etiam naturalis possessio transfertur.*

9. *Ubi civilis & naturalis possessio concurrit, ibi libertas apprehensionis facilitatur, nec constitutario propriâ authoritate occupanti spolium imputari potest.*

10. *Possessio per Magistratum apprehendi debet, quando possessio non amplius est vacua sed ab alio occupata, vel expressè conventum, ut citra eam possessio obtineri non debeat.*

11. *Concursus Creditorum jus Possessionis obtentum haudquaquam aufert, neq; innovationem inducit.*

12. *Constitutum Possessorium morte constituentis haud finiri contra dissentientes solidè evincitur.*

RESPONSUM.

Die zwischen der E. Kinder und Erben Curatore Kläger am einem / entgegen und wider Frantz K. Beklagten am andern Theil / beyde zu L. beym Stadt-Gericht allda / in causâ constituti Possessorii, inque eo admissæ turbationis, verhandelte Acta zeigen mit mehrerem / welcher Gestalt der daselbst gewesene Ambtmann D. bey Lebzeiten der E. Kinder Vormunder gewesen / Zeit währender Verwaltung aber / wegen ein und anderer aus der Pfleg-befohlnen Mittel und Güttern gethanen und in seinen Nutzen verwendeten Erhebungen / selbigen ein ansehnliches schuldig worden / solches auch weniger

niger nicht gerichtlich eingestanden / als auch viele in actis, und sonderlich denen darinnen angeführten den 25. Junii Anno 1690. datirten Gerichtlichen Documento specificirte Stücke / nebst allen übrigen seinen Güttern in vim constituti possessorii ihnen ein- und untergeben / also und dergestalt / daß sie selbige jure antichreseos jetzo und hinkünfftig biß zu völliger Abstattung des Capitals / davon erschienener Pensionen und Unkosten geniesen und gebrauchen sollen / und als endlich nach erfolgtem tödtlichen Hintritt ersagten Ambtmanns die E. Erben dessen Gütter / und besonders die in Actis benambte Stücke durch einen Notarium apprehendiret / solches aber der Beklagte K. als über sein Ambtmanns Verlassenschafft verordnete Curator bestreiten / und als hätte solches Authoritate Magistratus beschehen müssen / vorschützen wollen / hätte Kläger auf dem einmahl beschehenen Constituto, und dadurch rechtmäßig erlangten Besitz / forters Krafft dessen an Hand genommener Apprehension bestanden / mit der angehängten Beschwerde / daß gegenseitiges Einwenden anders nicht als pro illicitâ Turbatione zu halten seye / und entstünde demnach hieraus diese Frage: Ob die E. Erben in allen und jeden Güttern welche der Ambtmann D. als damaliger Vormund / bey Lebzeiten ihnen pro debito ex tutela resultante per constitutum possessorium untergeben / veri & pleni possessores worden / einfolglich selbige nach dessen Tod diese alle per Notarium zu apprehendiren befugt gewesen / und nachdem solches geschehen / dem Beklagten sie darinnen zu turbiren keines Weges geziemet habe?

Gleichwie nun 1.) die jenige Schuld-Forderung / womit der ge- 1.
wesene Ambtmann D. deren E. Kindern und Erben verhafftet / aus vormaliger über diese verwalteter Vormundschafft erwachsen / und dergestalt causa debendi seu titulus offenbahr zu bemercken / constitutum enim possessorium tum demum possessionis translationem operatur, quando tituli interventus docetur

Bartol. *in L. quamvis. 32. §. 1. de A. vel A. P.*
Tiraquell. *tr. de Constit. possess. p. 3. tit. 14.*

tametsi is dominii translativus non sit, cum etiam hypothecæ utiliter adjici possit, utut aliud cum nonnullis velit

Zasius *ad L. quod meo. 18. de acq. vel amitt. poss.*

quorum tamen opinionem communiter improbari animadvertit,

Schneidewin. *ad §. possidere. 5. J. de interd. n. 112.*

2. Auch 2.) gedachter Ambtmann sich zu sothaner Schuld-Forderung austrücklich bekannt / und selbige Krafft des in Actis angezogenen/ und sowol von dem Churfürstl. B. Rath und Trost Herrn Andreas W. als auch ihme selbsten unterschriebenen Instrumenti judicialiter agnosciret / quo ipso cum de principali debito constet, & nulla justa contradicendi causa adsit, tanto firmius constitutum operatur, agnitio siquidem enixam debendi voluntatem arguit,

L. puberem. 12. C. de jur. delib.

ita ut postmodum temerariâ revocatione vel disputatione subverti non possit;

arg. *L. cum fidem. C. de non num. pecun.*

cumprimis quoniam in judicio facta, utpote quæ tantæ virtutis & efficaciæ est, ut postmodum aliud probationis adminiculum haud admittat, sed rem prorsus certam ac notoriam reddat,

Richter. *cons. 19. n. 10. volum. 2.*

3. Ferner hierauf 3.) in dessen Ansehung constitutum possessorium in alle und jede / besonders aber einige namhafft gemachte Stücke / gutwillig und mit sonderbahrem Nachtruck verfüget / solches auch an Seiten des E. Curatoris præviâ judiciali interpositione & hanc insecutâ partium transactione beliebet und acceptiret worden / wie aus berührten Documento klärlich erhellet / ad hoc enim, ut constitutum valeat, constituentis voluntas, & constitutarii sive præsentis acceptatio sive absentis ratificatio desideratur;

arg. *L. possessio. 1. §. 2. L. possideri. 3. §. 1. de A. vel A. P.*
L. sed videamus. 4. de negot. gest.

Althus.

Althus. *lib. 1. dicæol. c. 19. n. 15. in not.*

Schneidewin. *loco antea cit.*

Nicht weniger 4.) mit austrücklichen Worten / daß ernannte 4.
Gütter denen E. Kindern in vim constituti possessorii ein und untergeben seyn sollten / in sothanen Instrumento zu befinden / quæ verba uti consuetum & formalem constituendi modum apertè comprobant, & traditionem, quæ constituto inest, demonstrant

arg. *d. L. quod meo. 18. de A. vel. A. P.*

ita procul dubio non pro enunciativis, verum potius dispositivis habenda, ac propterea effectum, quem intendunt, adipisci debent,

Klock. *cons. 35. n. 94. in fin. tom. 1.*

Bevorab da 5.) dieses Instrument von einer in hohem Ambt si- 5.
tzenden / und solcher Person, deren die Natur und Eigenschafft constituti possessorii, auch wie solches dem gewöhnlichen Stylo nach abzufassen / überflüßig bekannt / aufgerichtet und abgefasset worden. quamvis enim clausula constituti non rarò ex consuetudine Notariorum & Scribarum adjici, eâque de causâ quandoque sine mysterio & efficaciâ esse soleat, uti monet

Klock. *d. l. n. 198.*

tantum tamen abest, huic locum relinqui, quando publica exeellens & sublimi statione exornata persona eam adjecit, & præterea verbis emphaticis Ein- und Ubergeben efformavit & expressit, cum Judex semper visceribus legum & negotiorum sese conformare censeatur;

arg. *L. miles. 6. §. 1. de re judic.*

præcipuè quando causæ cognitione adhibitâ & partibus utrinque præsentibus & auditis quicquam statuit & disposuit,

L. Judices. 9. C. de judic.

Uberdiß 6.) ex Actis anders nicht zu ersehen / als daß constitu- 6.
ens tempore facti constituti in würcklichen Besitz aller und jeder Gütter /

ter / so er mit dem Constituto afficiret gewesen / necesse siquidem est, constituentem eo tempore, quo constituit, in actualii possessione eamque vacuam fuisse,

Petrus de Benintendis *decis. 48. n. 2.*
Guido Papa *decis. 356. n. 1.*
Berlich. *decis. 255. n. 13.*
Mevius *part. 5. decis. 35. n. 4.*

quanquam in nostris terminis res inter ipsum constituentem ejusque heredes, nec non constitutarium agatur, quibus hujus requisiti probationem haud efflagitari, post Baldum, Angelum, Socinum & Purpuratum tradit

Cravetta *cons. 890. n. 4.*

7. Ohngehindert daß zwar 7.) einige Gütter absonderlich und in specie, gleichwol aber auch alle und jede in genere hoc constituto ein- und untergeben worden;

Massen ex universitati patrimonii nicht eben incertitudo, in dem auch bona universa genau und wol bekannt seyn können / geschlossen werden kan. Dannenhero die Rechts-Lehrer insgemein behaupten / quòd etiam bona universa, licet sigillatim non fuerint expressa, constituto subjici possint, ceu in terminis asserunt

Posthius *tr. de Manut. obs. 20. n. 4.*
Tiraquell. *d. tr. p. 2. ampl. 31. n. 1.*

8. Einfolglich 8.) vermög offt-besagten und mit allen in Rechten erforderten Requisitis unterstützten Constituti Possessorii die E. Kinder gleich Anfangs den wahren Besitz aller und jeder Gütter nicht minder als wann selbige ihnen würcklich zu Handen gestellt / oder sie darinnen eingesetzet worden wären / erlanget und überkommen / vi enim constituti Possessorii simplicis, nulloque cum precario conjuncti, quale hoc loco subest, non civilem saltem verum etiam naturalem possessionem transferri constans Interpretum opinio est. Sic enim ex antiquioribus testantur

Everhardus *cons. 216.*

Bello-

Bellonus *cons. 35. n. 11. ubi plures citat.*

Angelus *cons. 55. n. 6. ubi hoc modo in Curia Regia Pedemontanâ sæptius judicatum fuisse scribit.*

ex recentioribus verò

Colerus *de Processs. Execut. p. 1. c. 10. n. 182.*

Klock. *cons. 21. n. 1. tom. 2.*

Mevius *part. 5. decis. 351. n. 2.*

eaque possessio non in fictione, ut quidam volunt, sed in veritate consistit, cum ipsi quidem acquirendi modo fictio insit, acquisitum tamen veritate atque substantiâ nitatur, ut benè

Guido Papa *dict. decis. 356.*

Neque absonum à juris ratione est, ut ex fictis veri ac genuini juris effectus producantur;

arg. *L. à Titio. 64. in fin. de Furt.*

Dahero 9.) selbige wohl befugt gewesen / sothane Gütter eigenmächtig und nach Belieben zu ergreiffen / und biß zur völliger Befriedigung zu gebrauchen. Tametsi enim hoc displiceat 9.

Cravett. *Cons. 437. n. 1. & 2.*

eò quod jus propriâ authoritate occupandi resideat solùm in possessione civili, quæ facilè multis de causis cessare possit, magnum tamen ea ratio continet postulatum, & præcedenti momento, quo naturalem etiam possessionem constituendo transire demonstratum ac evictum solidè contunditur. Ubi itaque civilis & naturalis possessio concurrit, ibi libertatem apprehensionis facilitari suâ spontè elucescit,

arg. *L. si id quod. 25. §. ult.*

L. peregrè. 44. §. ult. de A. vel A. P.

adeò ut constitutario propriâ authoritate occupanti spolium imputari non possit;

Tabor. *in Cod. lib. 8. tit. 3. def. 33.*

quin potius vi armatâ contra debitorem ingredi permittatur,

L. qui debitorem. 17. de vi & vi arm.

Coler. *de Proceſs. Exec. p. 1. c. 10. n. 189.*

magis ſiquidem poſſeſſionem continuare quam de novo apprehendere cenſetur, qui enim ſemel poſſedit, & hodiè allegat ſe poſſidere, ut loquitur

Imola *conſ. 78. n. 5.*

10. Gantz ohne 10.) daß bey ſothanen Gründen apprehenſio per magiſtratum beſchehen müſſen und ſollen / ad hanc enim tum demum recurrere tenemur, quando poſſeſſio non amplius vacua, ſed ab alio occupata,

Brunnemann. *ad L. 18. de A. vel A. P.*

vel etiam expreſsè in conſtituto conventum, ut citra eam poſſeſſio obtineri non debeat;

Mevius *p. 5. deciſ. 351. n. ult.*

11. Und ſeynd dannoch 11.) die E. Erben bey dem allbereit erlangten Beſitz zu bleiben berechtiget / die Obrigkeit aber ſie dabey zu ſchützen gehalten / obgleich dem Angeben nach mehr-erſagten Ambtmanns Verlaſſenſchafft einen Diſcuſſions-Proceſs unterworffen werden ſollte / concurſus ſiquidem Creditorum jus poſſeſſionis ſemel obtentum haud aufert, neque innovationem quandam inducit per tradita

Mevii *p. 7. deciſ. 40. n. 2. & deciſ. 250. n. 4.*

Equidem judicium hoc univerſale eſſe & propterea indiviſibiliter formari, ut omnibus Creditoribus juxta uniuscujusque gradum & prælationem ex uno quaſi debitoris corpore ſolvatur, exiſtimat

Salyado de Somoza *Labyr. Cred. p. 1. c. 11. n. 1. & 2.*

Verum hæc ratio ſaltem efficit, ut ſi poſtea apparuerit, aliquem ex Creditoribus potiorem eſſe, conſtitutarius ei poſſeſſionem reſtituere debeat, ut decidit

Faber. *decad. 5. Error. 1.*

At

At verò, quando de anteriori non apparet, tantum abest, ut possessionem dimittere & finem concursus expectare compellatur;

Faber. *dict. loc.*

Annebenst auch 12.) und Letztens wenig verfängt / daß viele von den Rechts-Gelehrten in der Meynung stehen / quod constitutum possessorium morte constituentis finiatur, ceu huic quæque sententiæ applaudit 12.

Cravetta *dict. conf. 437. n. 6.*

mutatâ siquidem personâ res in eodem statu haud permaneat,

Surdus *conf. 27. n. 6. & conf. 68. n. 18.*

& detentio quidem ipsi constituenti, non verò ejus heredibus sit concessa, ut ait JCtus in

L. cùm precario. 12. §. 1. de precar.
cap. ult. X. eod.

Ast analogiæ juris parum est conveniens, ut possessio semel quæsita sublato corpore per quod possidebamus, tolli debeat, retinemus siquidem possessionem, licetis, qui nostro nomine detinebat, decesserit,

L. si de eo fundo. 40. §. 1. de A. vel A. P.

dictus verò canon, dispositionem intelligi rebus sic stantibus & in statu priori permanentibus, fallit notabiliter in actu voluntate duorum firmato,

Richter. *conf. 189. n. 26. volum. 2.*

& possessio non conceditur heredi, quæ ex precario descendit, utpote de quâ duntaxat sermo est;

in dict. L. 12. de precario.

Atque pro hac tanquam veriori sententia pugnat quoque

Faber *in Cod. lib. 7. tit. 7. def. 39.*

Eamque quoad civilem possessionem sequitur hactenus sibi contrarius;

Cravetta *Cons. 890. n. ult.*

Also ist es auch an deme / daß dick-besagte E. Erben per constitutum possessorium legitimè & secundum omnia Requisita perfectum & consummatum veri & pleni possessores worden / die darauf ihrer Seits nach Ableben des Beklagten ergriffene Possession auch kräfftiglich bestehe / und sie dabey zu Handhaben / die Beklagte aber sie darinnen zu beeinträchtigen und zu turbiren zumal nicht befugt / sondern davon abzustehen schuldig und allerdings zur Ruhe zu verweisen seyen.

CONSILIUM seu RESPONSUM
XXXVII.

DE BONIS AVITIS FIDEICOMMISSO PERPETUO AFFECTIS, NEC NON DURANTE MATRIMONIO ACQUISITIS AC MATERNIS, UT ET RENUNCIATIONE FILIARUM NOBILIUM, DIVISIONE RERUM PRETIOSARUM, NEC NON MOBILIUM ATQUE MOVENTIUM.

Von Alt-Vätterlichen mit einem immerwährenden Fideicommiss belegten Güttern / wie auch was vor währender Ehe erworben oder Mütterlich zu halten? Jngleichen von Verzicht derer Adelichen Töchter / und Theilung derer pretiosen Mobilien und Moventien.

1. *Actus divisionis speciem alienationis sapit ac proinde Tutorum vel Curatorum authoritatem desiderat.*
2. *Parentibus aliisq; Ascendentibus privilegiatas inter liberos dispositiones condere nec non fideicommissa perpetua introducere licet, quod cumprimis in Nobilibus obtinet.*
3. *Idq; ampliatur, ut contra contravenientes Mandata inhibitoria sine clausula decerni soleant, etiamsi Filiabus dos & congrua alimenta constituta haud fuerint.*
4. *Existentia sui heredis confirmat fideicommissum, adeò ut probatione agnitionis opus non sit.*
5. *Testatori quasi promittit se fideicommissum custoditurum, qui ejus hereditatem agnovit, adeò ut etiam pupillus adeundo vel sese immiscendo contrahere videatur.*
6. *Approbatio Testamenti successores non solùm universales sed etiam singulares obligat.*

7. *Fideicommissum non patitur Heredum paritatem, sed ut unus directo jure in Testamento instituatur, efflagitat.*

8. *Geminatio enixæ voluntatis aperta est declaratio & dispositionem reddit efficaciorem.*

9. *Descendentium appellatio laxa est, & omnes liberos comprehendit, voxq; heredum tàm Masculos quàm Fœminas continet.*

10. *Nominis expressio nil efficit, quando alia facti qualitas occurrit.*

11. *Fideicommissa ceu odiosa non præsumuntur, sed probari debent.* vid. tamen num. 43.

12. *Eodem sanguinis & affectionis nexu Testatori conjuncti censentur instituti, quando Testator eos haud exclusit.*

13. *Filiæ propriæ exclusio filiarum ex filio descendentium exclusionem haud operatur.*

14. *Fœminarum successio juri divino ac naturæ convenit, neq; facilè Fideicommissa in harum exclusionem somnianda.*

15. *Fideicommissa sunt stricti juris in tantum ut de casu ad casum vel de personâ ad personam nec si Filiis nominatim facta sunt, ad Nepotes extendantur.*

16. *Liberi in conditione positi neq; instituti neq; fideicommisso honorati censentur.*

17. *Verbum Volo est fideicommissi illativum, & exinde mens Testatoris certo colligitur, tametsi alia verba addita haud fuerint.*

18. *Dum jubetur Filia dote & ulteriori relicto contenta esse, terminus fideicommisso inducendo aptus expressus reperitur.*

19. *Verba etiam imperativa fideicommissum inducunt, quando restitutioni hereditatis vel rerum substernuntur.*

20. *Nomina summopere attenduntur, quando verborum & rerum conformitatem concomitantem habent.*

21. *Quando Testator à successione Fœminas arcet, easq; non aliter quam si Masculi defecerint, vocat, reale ac perpetuum fideicommissum inducitur.*

22. *Dispositione intuitu familiæ factâ omnes fideicommissum petere possunt, qui è familiâ dispo-*

disponentis provenerunt, quod ampliatur.

23. *Descendentes per sexum virilem fœminas in Fideicommissis haud admitti, quando agitur de conservandis familiis contra dissentientes evincitur.*

24. *Evidens conjectura voluntatis Testatoris est, quando masculinum sexum in omnibus bonis, fœmininum verò in certis rebus instituit, adeò ut hisce verbis: si ille sine liberis decesserit, nec fœminæ nec ex iis descendentes comprehendantur.*

25. *Impossibile est bona perpetuò manere in familiâ nisi fœminæ excludantur & absolutum fideicommissum inducatur. Ex particula:* In infinitum; *non vulgaris sed fideicommissoria substitutio inducitur.*

26. *Qualitas masculinitatis in progressu repetita censetur, quando in initio ejus mentio injecta, & pro fideicommisso facienda interpretatio quando verba dispositionis aliâs essent superflua.*

27. *Fideicommissa conditionalia ad conservationem Familiæ nobilis introducta pro favorabilibus in excellenti gradu habentur, & Judicii pro iis pronunciare incumbit.*

28. *Simplex & absolutum inducitur fideicommissum, quando Testator perpetuam bonorum alienationem quocunq; modo prohibet, eamq; ipso jure nullam esse debere addit.*

29. *Inq; fideicommisso etiam conditionali subitò non expectato conditionis eventu retractatur.*

30. *Testator in substitutione fideicommissariâ deductionem Trebellianicam prohibens fideicommissum præsupponit.*

31. *Ex qualitate etiam rerum, quæ affectionem Testatoris comprobant, & splendori familiæ inserviunt, fideicommissum inducitur.*

32. *Fideicommissum familiæ duntaxat res immobiles annuosq; reditus cujuscunq; generis admittit.*

33. *Pecunia pro conservatione familiæ reposita in immobilium numero habetur.*

34. *Nomina quatenus sint species à reliquis distinctæ, & quatenus pro talibus ad quas referuntur judicentur.*

36. *In*

35. *In fideicommissis mens magis Testatoris quam rerum qualitas spectanda.*

36. *Quando filia bonis avitis in favorem masculorum & agnatorum renunciavit, fideicommissum familiæ inductum censetur.*

37. *Adjectione clausulæ codicillaris Testator fideicommissariæ substituere voluit.*

38. *Heres institutus quoad liberos suos proprios fideicommisso non censetur gravatus & quando hoc fallat?*

39. *Ab eo, qui aliquid saltem à defuncto accepit, restitutio fideicommissaria exigi potest.*

40. *Geminatio nil operatur, quando in actu geminato eadem militat ratio, quæ in simplici.*

41. *Descendentium nomine non veniunt fœminæ quando Testator aliud voluit & de Masculis sensit.*

42. *Nomen fideicommissi familiæ aptissimum est, quando res ipsa ex dispositione testamentariâ comprobatur.*

43. *Vulgaris substitutio exulat ubi Testator in infinitum descendentes substituit.*

44. *Quando Testator fideicommissum perpetuum introduxit, neptes etiam ex filio excluduntur.*

45. *Aperta Testatoris dispositio & exclusio voluntatem legis filias admittentis excludit.*

46. *Nepotes non tam vi extensionis quam justæ interpretationis inclusi censentur onusq́; substitutionis fideicommissariæ in omnibus substitutis repetitum.*

47. *Quando liberi in conditione positi pro institutis habeantur?*

48. *Fideicommissis propriæ saltem defuncti facultates obnoxiæ redduntur, tempusq́; mortis circa hos spectatur, nec quæ in dominio & potestate Testatoris haud sunt, ab eo dari possunt.*

49. *Cessante dispositione fideicommissariâ locus est successioni ab intestato Masculos & fœminas promiscuè admittenti.*

50. *Qui amplificandis Nobilium familiis studet, publicæ utilitati prospicit, illæq́; divitiis opus habent.*

51. *Ob favorem conservandæ familiæ ordinariæ juris Regulæ fallunt.*

52. *Quæ uxor constante matrimonio acquirit, in dubio ex bonis mariti acquisita censentur.*

53. *Omnia*

53. *Omnia occasione Bonorum acquisita ad illum pertinent, ad quem Bona in vitâ spectabant.*

54. *Fructus in fundo Feudali nati post separationem non pro feudalibus sed allodialibus habentur, nec fructus ex bonis fideicommisso subjectis percepti fideicommisso redduntur obnoxii, quod ampliatur, nec non limitatur.*

55. *Jura defuncto haud quæsita transmitti nequeunt. Tutela quid importet?*

56. *Filiæ nobiles an ad renunciationem Bonorum avitorum compelli possint, disquiritur.*

57. *Identitas rationis operatur dispositionis identitatem, & casus sub ratione comprehensus etiam in fideicommissis ab ipso Testatore inclusus intelligitur.*

58. *Obtestatio sub fide Politica nec non formula:* An Eydes statt/ *quoad firmitatem promissionis ejusdem efficaciæ est cujus ipsum juramentum.*

59. *Quando hereditati jam delatæ renunciatur, nullum desideratur juramentum.*

60. *Licet Filiæ sequentes eandem dotis quantitatem exigere valeant, quæ Filiæ primæ exsoluta fuit, alia tamen dotis determinatio admittitur, ubi mutatio in bonis contigit, vel alia justa causa emergit.*

61. *Renunciatio Filiarum obstat quidem successioni paternæ nequaquam verò doti quam mater intulit, ast quando uxor dotalitium percepit dos marito numerata ejus bonis ita incorporatur, ut peti amplius haud possit.*

62. *Res pretiosæ tametsi mobiles in usu tamen juris pro immobilibus reputantur, idq; etiam in fideicommissis familiæ procedit.*

63. *Cum fundo & arce animalia & pecora ibidem existentia simul in feudum concessa censentur, & fideicommissarius in locum demortuorum vel inutilium animalium alia substituere tenetur.*

64. *In ultimis voluntatibus non semper rei conditio ac natura sed voluntas Testatoris inspicitur.*

65. *Renunciatio totius singularum rerum renunciationem complectitur.*

66. *Universali Germaniæ consuetudine debitum alimentorum factum est onus reale.*

67. *Gravatus in uno non debet gravari in altero.*

68. *Maritus non saltem vestes quotidianas verum etiam festivas aliave Pretiosa uxori donare valet, eaque pro receptitiis, quæ uxoris heredibus sui sexus solum deferuntur, habentur.*

69. *Ex insignium delatione fideicommissum inducitur, arma, equi & libri ad peculium castrense & quasi castrense pertinent.*

70. *Dos sine nuptiis esse non potest & in stipulationem deducta non ex die stipulationis, sed nuptiarum debetur.*

71. *Fœminis constituta dote satisfactum videtur.*

72. *Ejusque nomine etiam expensæ nuptiales comprehenduntur & à successoribus feudorum & fideicommissorum præstari debent.*

73. *Quamvis dos promissa propriè dos haud dicatur ad effectum tamen excludendi fœminas pro dote accipi debet.*

SPECIES FACTI.

Es seynd nach seeligem Absterben Herrn Wilhelm von H. Fürstl. H. gewesenen Ober-Marchalls fünff Töchter und drey Söhne hinterlassen / von selbigem aber vor seiner letztern Abreise auf Wien jeder Tochter pro Dote 3000. Reichs-Thaler verordnet / von dessen Herrn Vatter Seel. aber Jacob von H. in Anno 1667. in alle specificirte Lehen- Erb- und andere Gütter und Gefälle ja in alle Activ- und Passiv-Schulden / auch Baarschafften und Gelder pro herede instituiret / und per Testamentum oder Dispositionem inter liberos erkläret / darneben auch alle solche Gütter Fideicommisso belegt und afficiret worden. Nach seeligem Ableben nun dessen hinterlassenen Frau Wittwen von H. so bißhero die Vormundschafftliche Verwaltung ihrer Kinder treulich und fleißig versehen / auch eine Tochter in Dännemarck mit 3000. Reichs-Thaler und andern Adelichen Geschencken gegen üblichen Verzicht auf alle Lehn- und Erb-Gütter ausgesteuret / wollen sich nunmehro einige nachfolgende Fragen ereignen

und

und zu erörtern vorfallen / worüber man hochgelährter Leute ihre Rechtliche Meynung und Sentiment zu wissen verlanget / um sich auf alle Fälle darnach reguliren zu können.

QUÆSTIO PRIMA.

Weilen zu besorgen / daß die Töchter und dero Herren Ehe-Männer mit ihrem verordnetem Quanto Dotis nicht vergnügt / sondern noch Prætension an denen H. Erb-Güttern und Gefällen / auch Capitalien, Baarschafften und anders machen / und solche zur Theilung haben / darüber aber die Herrn Söhne mit ihnen discrepant werden möchten / aus Ursachen / weilen alle solche Alt-Vätterliche Gütter und anderes mit einem Fideicommisso belegt und hefftig afficiret worden ist / ob nicht dahero rechtsam / daß so wol denen unmündigen 4. Töchtern als Söhnen verschiedene Vormündere oder wenigsten denen Töchtern Curatoras ad actum divisionis constituiret werden?

QVAESTIO SECUNDA.

Ob nicht diese Töchter sowol als ihres Herrn Vatters seel. Frau Schwester D. gebohrne von H. gethan / das Alt-Vätterliche Testament oder dispositionem inter liberos zu observiren und zu halten schuldig.

QVAESTIO TERTIA.

Auch wann deme also und anders nicht seyn könnte; Ob nicht Krafft dessen die Alt-Vätterliche Erb-Gütter / Capitalien, Baarschafften und anders / so fideicommisso afficiret / denen Söhnen allein gebühren / und die Töchter daran nichts mit Recht suchen mögen oder können?

QVAESTIO QUARTA.

Ob auch die Gefälle / Capitalien und Baarschafften / so nicht Alt-Vätterlich / und cum Fideicommisso astringiret / sondern tempore constantis matrimonii von denen beyden seeligen Eltern acquiriret / pro puris acquisitis zu halten / und unter Söhnen und Töchtern gleich zu theilen seyen?

QUÆSTIO QUINTA.

Ob nicht vielmehr die jenige Capitalien und Baarschafften / so nach des Herrn Wilhelm von H. seel. Tod / dessen Frau Wittib aus denen Lehen-Güttern und Einkünfften bißhero gemacht und gesamlet / denen Söhnen allein gebühren möchten / weilen die Lehenschafften und anders durch des Vattern seel. Tod ihnen vorlängstens zu- und angefallen?

QUÆSTIO SEXTA.

Ob nicht die Töchtere dieselbe ad acquisita oder ad materna ziehen und darfür halten / und also zur Theilung prætendiren können?

QUÆSTIO SEPTIMA.

Ob nicht die Töchtere eine jede vielmehr mit ihren 3000. Reichs-Thalern vergnügt / und auf alle und jede Lehen- Erb- und andere Gütter und Gefälle Verzicht thun müssen?

QUÆSTIO OCTAVA.

Wie und welcher Gestalt im übrigen das Sielber-Geschirr und andere Pretiosa auch Fahrnüß und andere Mobilia & Moventia unter Söhnen und Töchtern zu theilen seyen?

QUÆ-

QUÆSTIO NONA.

Ob nicht denen Töchtern der weibliche Geschmuck / denen Söhnen aber des Vatters seel. Wehr / Waffen / Reit- Kutschen-Pferde / Bücher und anderes an Kleidung zu seinem Leib gehörig / allein gebühren möchte?

QUÆSTIO DECIMA.

Ob denen unmündigen Töchtern jeder ihre 3000. Reichs-Thaler Dotis sobalden verzinset / oder sonsten zu ihrer Alimentation so lang biß sie verheyrathet / aus denen H. Güttern ein gewisses jährlich gegeben werden müsse?

Cætera committuntur dexteritati Domini Consulentis.

RESPONSUM.

DEmnach mir Ends-Benannten vorgesetzte Facti Species, und dero beygefügte zehen Fragen / sambt Extract eines gewissen Testaments zu dem Ende überreichet; daß meine Rechtliche Meynung hierauf gantz unpartheyisch eröffnen / auch selbige mit genugsamen Rechts-Gründen unterstützen möge / als habe sothanen Angesinnen / wie billig / deferiret / alles mit sorgsamer Angelegenheit verlesen / wohl erwogen / und spreche darauf für Recht / und zwar auf die Erste Frage:

QUÆSTIO PRIMA.

Daß weil Actus divisionis, Rechtlicher Anleitung nach / speciem alienationis nach sich ziehet / 1.

L. cum in integrum. 1. C. si adv. transact.

auch nicht minder als ein Verkauff geachtet zu werden pfleget;

L. divisionem. 1. C. comm. utr. judic.

und dann ohnstreitig denen Unmündigen Vormünder / nunmehro aber auch den jenigen / ihre mündige Jahre erreichet / bey solchen und andern dergleichen Fällen Curatores anzuordnen seynd;

Recess. Imper. *de Anno 1548. & de Ann. 1577. tit. 32. §.* so wollen ꝛc.

So wird auch dergleichen Versehung hierbey nicht aus der Acht gelassen werden können / bevorab da solches nicht nur austrücklich erheischet Rescriptum in

L. inter omnes. 17. C. de præd. & al. reb. min.

worauf sonderlich in Praxi das Absehen führet /

Carpzov. *Jurispr. forens. part. 3. const. 15. def. 44.*

sondern auch nebst deme das jenige / was einem bey der Theilung zufällt / sorgfältig beybehalten / besonders aber denen Töchtern / aus den Lehn- und Fideicommiss-Güttern / falls keine andere vorhanden / behörige und Standesmäßige Alimentation durch angeordnete Curatores verschaffet werden muß.

L. sicuti. 1. §. 1. de ventr. in poss. mittend.

QUAESTIO SECUNDA.

Bey der Zweyten Frage ist kein Zweiffel / daß auch des Herrn Ober-
2. Marschalls Töchter das Alt-Vätterliche Testament allerdings in acht zu nehmen / und dessen völligen Innhalt nachzuleben verbunden seynd / angesehen nicht nur allen Eltern und übrigen Ascendenten privilegiatas inter liberos dispositiones aufzurichten /

L. hâc consultissimâ. 21. §. 1. C. de Testam.

Novell. 107. præfat.

sondern auch ins besondere fideicommissa perpetua & in infinitum valitura einzuführen / und ihre Gütter damit zu beschwehren / oder

auch sonsten dieselbe Lehnbar zu machen erlaubet ist;

L. in re mandatâ. 21. C. mand.

Novell. 12. cap. 2.

Gail. *lib. 2. Obs. 158. n. 1.*

Allermeist aber thun sothane Verfügung die jenige / so Adelichen Standes und Geblütes seynd / als welche die Erhaltung und Fortpflantzung ihres angestammten Geschlechts solcher Gestalt zu befördern nicht unbillig besorget seynd / wie wol bemercken

Tiraquell. *tr. de Nobilit. cap. 37. n. 23.*

Nolden. *de Stat. Nobil. cap. 21. n. 55.*

Und diese Verordnung ist so kräfftig / daß auch denen Nachkommenen solche eigenmächtig anzufechten / und dagegen etwas vorzunehmen im geringsten nicht erlaubet ist / also und dergestalt / daß gegen alle etwa vorkommende attentata mandata inhibitoria sine clausula erkannt und ertheilet zu werden pflegen / allermassen wohl anführet / und mit einem merckwürdigen Exempel bewähret 3.

Knipschild. *tract. de Fideicomm. Familiar. Nobil. cap. 6. n. 15.*

Ja es ist an deme / daß wann gleich denen Töchtern kein Dos & congrua alimenta in tali testamento paterno verordnet worden / dannoch selbigen sothanen Letzten Willen zu vernichten keines Weges zugestanden / sondern bloßhin dotationem & alimentationem annoch zu fordern und anzuheischen erlaubet wird / wie dißfalls communem Doctorum opinionem erudité anziehet laudatus

Knipschild. *eod. cap. 6. n. 239.*

An welchem allem desto weniger zu zweiffeln / weil wohlgedachter Herr 4. Ober-Marschall / als welchem sothanes Fideicommiss zum ersten übertragen / nicht nur suus heres seines Herrn Vatters gewesen / existentia autem sui heredis confirmat fideicommissum;

L. ita tamen. 27. §. 3. ad SCt. Trebell.

in tantum, ut tali casu probatione agnitionis opus non sit,

Faber *in Codic. lib. 6. tit. 22. def. 39.*

sondern

5. sondern auch sich dessen Erbschafft würcklich angenommen / und dergestalt zu Festhaltung dieses Fideicommissi verbindlich gemacht / Testatori siquidem quasi promittit, se voluntatem ejus servaturum & fideicommissum sanctè custoditurum, qui ejus hereditatem agnovit & amplexus est;

Cæsar Angelus de Paltronibus *tract. de acquir. possess. ex L. ult. C. de Edict. Div. Hadrian. toll. quæst. 8. artic. 18. num. 14.*

adeò ut etiam pupillus adeundo vel sese immiscendo contrahere videatur, ceu notanter Marcellum scribere refert Ulpianus

L. apud Julianum. 3. cum L. seq. quib. ex caus. in possess. eat.

constat autem aditione omne jus Testamenti ita convalidari, ut nullo unquam tempore infringi & labefactari possit;

arg. *L. non dubium. 16. §. 1. C. de Testam.*
L. si is, qui admittitur. 31. §. pen. de inoff. Testam.

& quando Testamentum generaliter approbatum, tum fideicommissi quoque approbationem induci inconfesso est;

Fusarius *de substit. fideic. quæst. 649. n. 9.*

6. Wozu noch ferner kombt / daß sothane approbatio Testamenti nicht allein Successores universales, sondern auch was sonderbar merckwürdig ist / allerdings singulares verbindet / wie dißfalls bezeugen

Ripa *in L. si aliquam. 28. de acq. vel amitt. possess. n. 42.*
Gratian. *Consil. 37. n. 12.*

QUÆSTIO TERTIA.

Anreichend die Dritte Frage / so will es fast das Ansehen gewinnen / als wann die gantze Alt-Vätterliche Verlassenschafft nicht nur nen Söhnen / sondern auch denen Töchtern von Rechts-wegen zukomme / und diese davon mit Fug nicht ausgeschlossen werden könnten.

RATIO-

RATIONES DUBITANDI.

Bestalt 1.) der Herr Obriste von H. als Testator beydes seinen 7.
Sohn Wilhelm / und seine Tochter Sophien Elisabethen in Successione vereinbahret / und sie zu wahren und rechten Erben seiner Haabseeligkeit eingesetzt hat / wie ex §. nachdem dann ꝛc. des Alt-Väterlichen Testaments erhellet / dergleichen coæqualis Institutio aber zumal nicht auf ein Fideicommissum gezogen werden kan / tale enim non patitur heredum paritatem, sed efflagitat, ut unus directo jure in testamento instituatur, ejusque fideicommittatur, ut tanquam fiduciarius heres aditam à se hereditatem alii ceu fideicommissario heredi restituat,

§. 2. instit. de fideic. hered.
L. explicito. 1. §. 5.
L. Sejus. 46.
L. si postulante. 67. §. ult. ad SCt. Trebell.

Zumal da 2.) der Herr Testator in §. demnach nun auch ꝛc. er- 8.
sagten Testaments mit diesen Formalien: daß die von meinem eingesetzten beyden Kindern ꝛc. solches weniger nicht wiederholet / geminatio autem est enixæ & deliberatæ voluntatis aperta & manifesta declaratio,

L. quinquaginta. 12. de probat.

redditque dispositionem longè efficaciorem,

Cacheran. *decis. Pedemontanâ. 58. n. 37.*

Als auch die von beyden seinen Kindern descendirende Leibs-Erben 9.
nach deren Abgang zur Succession beruffen und zugelassen / constat autem, quod descendentium appellatio valdè laxa sit, & omnes liberos, cujuscunque sint gradus & naturæ, comprehendat;

Novell. 118. cap. 1.
L. ult. C. de suis & leg. hered.
Maul. *de Fideicomm. tit. 6. n. 29. & 30.*

 quod-

quodque vox heredum tàm masculos quàm fœminas in se contineat;

Menoch. *de Præsumpt. præs. 84. n. 34. lib. 4.*

10. Dahero auch 3.) wenig verfängt / daß dieses Testament an besagtem Ort als eine fideicommissaria Substitutio, ingleichen als Fideicommissum Familiæ angegeben worden / sola enim nominis expressio nil efficit, quando alia facti qualitas occurrit,

Baldus *in L. ult. col. 3. vers. sequitur videre. C. und. leg.*

cùm nominis diversitas rei substantiam haudquaquam mutet;

cap. intantum. 36. X. de simon.

11. Bevorab da 4.) bekandt / quid fideicommissa utpote cum implicatione oneris & prohibitione alienationis conjuncta sint odiosa, & eapropter non præsumantur, sed probari debeant;

Richter. *decis. 62. n. 1. & seqq.*

Surdus *Consil. 443. n. 1.*

adeò, ut in dubio contra fideicommissum pronunciari,

Klock. *Cons. 7. n. 526. tom. 1.*

& substitutio magis directa quam fideicommissaria præsumi debeat;

cap. si pater. 1. de Testam. in 6to.

Menoch. *lib. 4. præs. 66.*

12. Und zwar 5.) dieses alles um so mehr / weil aus dem gantzen Inhalt berührten Testaments keines Weges zu ersehen / daß der Herr Testator seines einigen instituirten Sohns Töchter / als worvon allhier die Frage ist / von seinem Vermögen ausgeschlossen habe / eodem autem sanguinis & affectionis nexu Testatori conjuncti censentur instituti, quando Testator eos haud exclusit;

arg. *L. placet. 4. de lib. & posth. hered. instit.*

L. qui filiabus. 17. §. 1. de Legat. 1.

Cumprimis cum jure ita disponente in liberis expressa desideretur exclusio;

Nov.

Nov. 115. cap. 3. §. 1.

§. 2. de exhered. liber.

Vielmehr ist es an deme / daß weil selbiger seine einige Tochter mit einem ansehnlichen Dote, und noch überdiß einer nachtrücklichen Beylage von 2000. Rthlr. honoriret / dergleichen aber in des Sohns Töchtern nicht geschehen / anderster nicht zu schliessen / als daß er diese zu gleichmäßiger Erb-Theilung mit denen Söhnen zu lassen und beruffen wollen / neque enim filiæ propriæ exclusionem simul filiarum ex filio descendentium exclusionem operari, in terminis cum adductis concludit 13.

Richter. *Cons. 379. n. 16. Vol. 2.*

cùm exclusionis ratione cessante & ipsa cesset exclusio;

cap. cum cessante. 60. X. de appell.

Allermeist da 6.) bekannt / quod successio fœminarum juri divino ac naturæ conveniat; 14.

§. 5. Inst. de Exhered. liber.

Mynſ. *Cons. 97. n. 18.*

neque facilè fideicommissa in harum exclumsione, masculorum verò & agnationis favorem somnianda sint;

Mantic. *de Conject. ultimæ volunt. lib. 6. tit. 15.*

Gesetzt aber 7.) es hätte dißfalls der Herr Alt-Vatter auf ein Fideicommissum das Absehen geführet / so würde doch solches auf des Herrn Sohns Kinder / als Enckel / indem selbiger dabey keine Meldung geschehen / zumal nicht gezogen werden können / cùm enim fideicommissa stricti juris sint, arctamque recipiant interpretationem, in tantum, ut de casu ad casum, vel de personâ ad personam non extendantur, sed potius ii, quorum nulla mentio facta, pro omissis haberi debeant; 15.

L. ex facto. 17. §. 7. ad SCt. Trebell.

sanè ad nepotes vel minimè porrigi possunt, quando filiis nominatim sunt facta;

Paulus de Castro *Conf. 170. Vol. 2.*
Corneus *Conf. 182. vol. 3. lib. 2.*
Faber. *in Cod. lib. 6. tit. 22. def. 12.*

in tantum, ut nec ex majoritate Rationis,

Cravetta *Conf. 67. n. 8. in med.*

neque ex præsumptâ Testatoris voluntate aliud inducatur;

Aretinus *ad L. Gallus. 29. §. 5. verf. adde. de lib. & posth. hered. instit.*

16. Wann auch gleich 8.) und Letztens der Herr Testator *in dict. §.* demnach nun auch ꝛc. sein Absehen auf die Enckel in deme genommen hätte / daß er seinen Sohn seine Kinder dergestalt substituiret / wann er ohne Hinterlassung Leibs-Erben vor ihr her versterben würde / so würde doch diese der Enckel Institutio bloßhin conditionalis seyn / und dahero zu Recht nicht bestehen / cùm liberi in conditione positi neque instituti, neque fideicommisso honorati censeantur;

L. si quis sub conditione. 8. si quis omiss. caus. testam.
L. ex facto. 17. §. 5. ad SCt. Trebell.
Harprecht. *ad §. 11. Inst. de hered. instit. n. 8. & seqq.*
Sande *decis. Frisic. 4. tit. 6. def. 5.*
Gail. *lib. 2. obs. 136. n. 18. ubi hanc communem opinionem, & juxta eam in Camerâ Imperiali judicatum esse refert.*
Besoldus *Conf. 7. n. 45. part. 1.*

RATIONES DECIDENDI.

17. DEssen allem aber ohngeachtet / so ergiebt sich aus der Alt-Vätterlichen Disposition offenbahr und im Buchstaben / daß der Herr Obriste von H. nicht nur verba significantia fideicommissum durchgehends bedächtlich exprimiret / sondern auch alle seine Gütter / Renthen und Gefälle perpetuo fideicommisso afficiret / also und dergestalt /

stalt / daß er hierzu allein denen Söhnen / mit nichten aber denen Töchtern und allen in absteigender Linie befindlichen Kindern weiblichen Geschlechts / so lang nur der Manns-Stamm übrig / einen Zutritt verstatten / und dergestalt auf die Erhaltung seines Adelichen Nahmens und Geschlechts seine gäntzliche Absicht richten wollen / und zwar soviel die Worte betrifft / so hat er 1.) in mehr angeregtem §. demnach nun auch 2c. allwo sonderlich von Einführung dieses Fideicommissi gehandelt wird / sich dahin vernehmen lassen / Er wolle seinen Sohn / seine Tochter und ihre Leibs-Erben auf dem Fall / wann er über kurtz oder lang / ohne Hinterlassung Leibs-Erben vor ihr her versterben würde / per Fideicommissum substituiret haben / constat autem Verbum *Volo*: esse fideicommissi illativum, & exinde mentem Testatoris obliquum hoc disponendi genus inducere volentis certò ac indubitanter colligi posse,

§. ult. Inst. de singul. reb. per fideic. relict.
L. fideicommissa. 11. §. 10. de Legat. 3.
L. & eo modo. 118. de Legat. 1.

Tametsi alia quædam verba similem sensum inferentia haud fuerint addita; cùm etiam unum verbum voluntatis significativum inducat fideicommissum;

L. 2. Comm. de Legat.

nihilque referat, utrum tale ad fiduciarium, an verò fideicommissarium dirigatur;

Brunnemann. *Conf. 3. n. 23.*

Nebst deme findet sich 2.) *in §.* Ob dann wohl 2c. *in fin.* was massen derselbe von seiner Tochter das Vertrauen geschöpffet / sie werde nicht nur mit dem Ihro assignirten Dote der 3000. Reichs-Thaler / sondern auch der fernerweit zugedachten Anlage der 2000. Reichs-Thaler zufrieden seyn / dum autem jubetur dote & ulteriori relicto contenta esse, terminus fideicommisso inducendo aptus ex Legum præscripto reperitur expressus, per textum evidentem in 18.

dict. L. fideicommissa. 11. §. 4. de Legat. 3. ubi Brunnemann.

19. Wogegen 3.) wenig verfängt / daß in vorgedachtem §. demnach nun auch ꝛc. *in medio*, bey Stifftung dieses Fideicommissi auch Befelch-Worte gebrauchet worden / siquidem verba etiam imperativa habent vim precariorum & inducunt fideicommissum, quando restitutioni hereditatis vel rerum substernuntur;

L. Lucius. 88. §. 10. de Legat. 2.
L. Aurelius. 28. §. ult. de lib. Legat.
Vinnius *ad §. ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.*

20. Dahero 4.) der Herr Testator diese seine Disposition emphaticè & pertinenter fideicommissariam substitutionem, die Gütter aber Bona fideicommisso affecta genennet / nomina autem summopere attenduntur, quando verborum & rerum conformitatem habent concomitantem, cum hoc modo certissimæ rerum notæ sint, & infallibilem argumenti propositi demonstrationem arguant;

§. pen. Instit. de nupt.
§. 29. Inst. de legat.
§. 3. Inst. de donat.

21. Die Sache selbsten belangend / so hätte 5.) der Herr Testator seine Gemüts-Meynung bey seiner Adelichen Familie und gantzer Verlassenschafft ein perpetuum fideicommissum familiæ einzuführen / nicht nachtrücklicher exprimiren können / als daß er vorberührter Massen *in dict. §.* demnach nun auch ꝛc. seinem Sohn seine Tochter / und deren Leibs-Erben / im Fall er über kurtz oder lang ohne Hinterlassung Leibs-Erben vor ihr her abgehen würde / substituiret hat. Sanè enim ex tali formulâ luculenter apparet, quod Testator à successione fœminas utpote familiæ propagandæ incapaces arcere, & eas non aliter, quàm si masculi defecerint, vocare, hâcque ratione agnationis conservationem intendere voluerit, quo ipso reale ac perpetuum induci fideicommissum Interpretes uno ore ingeminant, & quidem in Tractatibus

Peregrin.

Peregrin. *de Fideic. artic. 25. n. 26.*
Fusarius *de substit. fideicomm. quæst. 499. n. 24.*
Knipschild. *de fid. fam. nob. cap. 6. n. 118.*

Consiliis
Hondedæus *Cons. 70. n. 39. part. 1.*
Menoch. *Cons. 95. n. 12. & seqq.*
Myns. *Cons. 97. n. 15.*

Decisionibus
Guid. Pap. *decis. Grat. Politan. 299.*
Faber. *in Cod. lib. 6. tit. 21. def. 36. & 42.*
Peguer. *decis. 10. n. 8.*

Quibus novissimè addi possunt, quæ in Votis Cameralibus circa hunc punctum cum notabili hâc adjectione omnes nemine excepto consentire, reperiuntur apud

Thulem. Eorund. Collector. *Relat. 27. n. 91. part. 2.*

Sanè enim tali casu subest conditio, quamdiu Masculi supersunt;

arg. *L. ex facto. 17. §. ult. ad SCt. Treb.*

quæ omnes de familia etiam in casum mortis vocatos esse arguit, & interpretationem realis fideicommissi inducit;

Curt. Jun. *121. n. 15.*
Parisius *Cons. 66. n. 53. lib. 3.*

Dahero obgleich 6.) der Herr Testator seinen Sohn in individuo 22. benahmet / dannoch auch die Nepotes und alle Descendentes sexus masculini, aus eben dieser Absicht / daß hierbey ersagte Conditio concurriret / darunter nothwendig verstanden werden müssen / expresse siquidem tradit JCtus, quod dispositione intuitu familiæ factâ omnes fideicommissum petere possint, qui modò è familiâ disponentis provenerunt,

L. Peto. 96. §. 3. de legat. 2.

cùm nominatio certæ personæ præcedentiam successionis tribuat, haud-

haudquaquam verò aliorum exclusionem secum trahat,

L. omnia. 32. §. ult. eod.

Unde quando Testator fideicommissum certis personis in testamento nominatis relinquit, isque in favorem & conservationem familiæ hoc modo disposuit, tum fideicommissum ultra personas à Testatore nominatas ad alios ejusdem familiæ protenditur;

Cravetta *Cons. 243. n. 2. & 3.*

Eâque de causa Conditio, si sine liberis, non deficit, si is cui talis conditio adjecta, filios post se relinquat, sed potius ex conjecturatâ Testatoris mente etiam filii filiorum censentur vocati;

Crassus *receptar. sentent. quæst. 8.*

Decius. *cons. 270.*

23. Gleicher Gestalt hat auch 7.) der Herr Testator nicht nur seine mit Worten ausgetrückte Töchter / sondern auch alle Descendenten Weiblichen Geschlechts / obgleich selbige vom instituirten Sohn herkommen / ausschliessen wollen / quantumvis enim descendentes per sexum virilem seu lineam masculinam fœminas multi Interpp. admittant, eò quod sint agnatæ, & patris personam repræsentent, inque ejus locum eo demortuo surrogentur, ceu videre est apud

Menoch. *Cons. 628. n. 9.*

Fusan. *de subst. fideic. q. 346. n. 20. & seqq.*

Merckelbach. *Cons. 7. n. 1009.*

eam tamen sententiam locum haud invenire, quando agitur de conservandis familiis, rectè notant

Peregrin. *de Fideic. art. 26. n. 30.*

Simon de Prætis *de Interpr. ult. volunt. lib. 3. dub. 1. solut. 11. num. 51.*

cùm filiæ masculorum dicantur, quidem de agnatione patris, non magis tamen idoneæ sunt ad conservandam agnationem & familiam, quàm neptes ex filiâ, quia nuptæ transeunt in familiam Viri, & propriam familiam relinquunt, ceu solidè concludit,

dit, & contrariam sententiam retundit,

Franzk. *lib. 3. Resolut. 1. n. 482.*

Und thut 8.) denen Töchtern im geringsten keinen Vortrag / daß 24.
dem Sohn nicht dessen Masculi heredes, sondern nur in genere die Leibs-Erben / substituiret worden; Dann obgleich sonsten appellatione heredum & descendentium auch die Kinder Weiblichen Geschlechts mit verstanden werden / so hat doch solches einen mercklichen Abfall / quando aliud sensisse Testatorem apparet, textu eleganti in

L. Lucius. 93. §. 3. de Legat. 3.

Nun hat aber der Herr Testator seiner einigen Tochter weiter nichts / als die Braut-Gifft / und dabey noch eine gewisse Anlage assigniret / den Sohn aber in seiner gantzen Erb- und Verlassenschafft instituiret / fortis autem ac evidens conjectura voluntatis testatoris est, quando masculinum sexum in omnibus bonis, fœmininum verò in certis rebus instituit, tum enim hisce verbis, si ille sine liberis decesserit, non comprehenduntur fœminæ, nec ex iis descendentes, quoniam si voluit excludere propriam filiam, multo magis neptes & ulteriores fœminas etiam ex ipso Masculo excludere voluisse censetur, uti in terminis terminantibus, & ad hunc casum accommodatissimis censuit & tradidit

Bellonus *Cons. 82. n. 8. in fin.*

dubio procul enim, si Testator filias cum filiis pari jure gaudere, & ad successionem universitatis vocare voluisset, certarum rerum institutionem haud expressisset, quod ergò Testator non addit, cum addere potuisset, noluisse censetur,

Modestin. Pistor. *Cons. 21. n. 52. part. 2.*
Besold. *Cons. 5. n. 29. part. 1.*

Destomehr aber kombt 9.) diesem allen zu statten / daß der Herr Testa- 25.
tor diese seine Verordnung mit nachtrücklichen Worten in infinitum extendiret / und alle seine Gütter mit einem immerwährenden Fidei-

commisso afficiret hat / talis autem dispositio neminem de fideicommisso absoluto, & agnationis conservativo dubitare permittit, cùm unusquisque post mortem alterius ordine successivo & gradatim succedere debeat;

Fusar. *de subst. fideic. quæst. 383.*
Alciatus *Consil. 72. n. 1. & 12.*
Cephalus *Consil. 473. n. 21.*

Neque possibile sit, bona perpetuò manere in familiâ, nisi fœminæ excludantur, & absolutum fideicommissum inducatur, ut benè firmat, & multos in consensum adducit

Knipschild. *d. tr. cap. 6. n. 106. & seqq.*

quâ de causâ ex particulâ illâ in infinitum non vulgarem sed fideicommissariam substitutionem induci, eruditè observat

Faber. *in Cod. lib. 6. tit. 22. def. 23.*

Et quando generaliter & indefinitè, multo magis ergò in infinitum, substitutionum gradus fiunt, tum semper respectus ad favorem agnationis habetur, & fideicommissum inducitur, monente cum citatis

Hondedæo *Cons. 56. n. 18. part. 2.*

26. Ob dann gleich 10.) bey sothaner à Testatore beschehenen Extension nicht eben masculorum sondern bloßhin descendentium Meldung geschehen / so ist doch genung / daß im Anfang *dict.* §. Demnach nun auch ꝛc. des Sohns gedacht / und die von ihm herstammende männliche Posterität verstanden worden / qualitas enim masculinitatis in progressu repetita censetur, quando in initio ejus mentio injecta, benè advertente

Knipschild. *d. c. 6. n. 116.*

præipuè cum antecedentia declarent subsequentia & alioquin sollicita Testatoris provisio familiæ decus & conservationem intendens eluderetur, ac contra ejus mentem absurdus intellectus induceretur, in omni autem dispositione & cumprimis postremi elogii

gii ita facienda interpretatio, ut absurditas evitetur;

cap. 55. X. de Elect. & Elect. potest.

Unde pro fideicommisso faciendam interpretationem, quando verba dispositionis aliâs essent superflua & elusoria, subinde monuerunt Nostri

Petrus Anton. de Petra *de fideic. cap. 9. n. 63.*

Hondedæus *Cons. 63. n. 101. part. 1.*

Besonders da 11.) dergleichen Fideicommissa conditionalia, so 27.
zu sorgfältiger Erhalt- und Fortführung eines Geschlechts eingeführet/ als favorabilia in excellenti gradu geachtet/ und deren Unterbrechung auf keine Weise geduldet zu werden pfleget;

Mantica *de Conject. ultim. Volunt. lib. 6. tit. 14. n. 21.*

Bursatus *Cons. 460. n. 51. vol. 4.*

Mevius *part. 7. decis. 18. n. 8.*

Also und dergestalt/ daß auch einem nachdencklichen und verständigen Richter oblieget/ in pronunciando dieselbe allezeit beyzubehalten und darwider keines Weges zu sprechen/ wie cum adductis behauptet

Brunnemann. *Cons. 3. n. 49.*

maximè si nobilis familia sit, cujus facultates integras conservari, publicè quoque interest, ut benè & pluribus persequitur

Klock. *Cons. 182. n. 571. tom. 3.*

Uberdiß und zum 12.) ist auch in dieser Testamentarischer Dispo- 28.
sition die Vorsehung geschehen/ daß zu Abbruch dieses Fideicommissi familiæ auf keine einige Weise/ weder inter vivos, noch auch durch einen letzten Willen/ etwas veräussert und entwendet werden solle/ wie abermal *ex dict. §.* Demnach nun auch ꝛc. zu ersehen/ expediti autem & indubitati juris est, simplex & absolutum induci Fideicommissum, quando Testator perpetuam bonorum alienationem, quocunque modo probibet, cùm talis prohibitio in casum quoque mortis operetur, & pro reali censenda sit;

L. peto. 69. §. 3.

L. cum pater. 77. §. 27. de Legat. 3.
L. ult. C. de V. S.
Portius Imola *Cons. 6. n. 23.*
Nicol. Intrigliolus *tr. de substit. c. 3. q. 27. n. 35. & seqq.*
Faber. *in Codic. lib. 6. tit. 22. def. 4. n. 10. & seqq.*

Neque enim videtur fieri per modum enunciationis, sed potius dispositionis, eò quòd causa finalis & ratio addatur, perpetuò bona in familiâ remanere debere;

Fusar. *dict. tract. q. 687.*
Maulius *de fideic. tit. 1. n. 64. vers. cum verò post prohibitionem.*

Cui sententiæ tanquam veriori etiam applaudit

Knipschild. *d. tr. c. 6. n. 103.*

præsertim cum Testator addat, quod alienatio de facto subsecuta ipso jure nulla esse debeat, qui effectus quamvis jam tum ex ipsâ legis dispositione bonis fideicommissô subjectis insit,

d. L. 69. & 77.
L. si duobus. 3. §. 2. & auth. quæ res. C. comm. de legat.

tamen fortius operatur & ne quidem ullum ignorantiæ prætextum admittit;

Besold. *Cons. 151. n. 140. part. 4.*

29. Und obgleich 13.) dieses Fideicommissum auf eine vorhin angezeigte Condition ausgestellet worden / so wird nichts destoweniger diese von Testatore beschehene Prohibitio ihre Krafft erreichen / angesehen / quòd etiam in fideicommissô conditionali juris sit, ut alienatio statim à principio sit nulla, ac subitò, etiam non expectato conditionis eventu, vel mortis heredis gravati retractetur;

Glosſ. *in L. cum pater. 77. §. 27. de Leg. 2.*

30. Ferner und fürs 14.) kombt hierzu / daß der Herr Testator sothane seine substitutionem fideicommissariam nicht einmahl deductioni Trebellianicæ unterwerffen / sondern diese mithin verbieten wollen / wie abermal aus eben bemeldten §. zu ersehen; Etenim hâc etiam prohi-

prohibitione fideicommissum præsupponi inconfesso est, ceu inter alios quoque consuluit

Cravetta *Cons. 416. n. 10.*

Et talis cum etiam in liberis primi gradus procedit, eo quòd hujus respectu non liberorum sed heredum quorumlibet jure utantur, ut bene advertit

Bacchov ad Treutl. *vol. 2. disp. 14. th. 10. lit. B. princ.*

quàm sententiam crebriori Dd. calculo comprobatam dissentientibus relatis & ipsorum rationibus refutatis sequitur etiam

Marcus Antonius de Amatis *decis. Anconitanâ. 11. per tot.*

sanè multò magis favore familiæ & agnationis fieri poterit, textu notabili in

Nov. 119. cap. 11.

Add. Besold. *Cons. 233. n. 84. & seqq. part. 3.*

Nicht weniger fällt auch 15.) zu bemercken für / daß weil er gleich- 31.
wol sein gantzes Vermögen dem Sohn beybehalten / hierdurch die gar geneigte Intention die Aufnahm seines Adelichen Geschlechts zu befördern herfür leuchte / und das von ihme gestifftete fideicommissum unterstütze / non enim tantum ex verbis & sententiâ, ut hactenus demonstratum, verum etiam qualitate rerum, quæ affectionem testatoris comprobant & splendori familiæ inserviunt, fideicommissum induci, tradit

Besold. *Cons. 221. n. 26. part. 5.*

nec non post Paulum de Castro, Cynum & alios ingeminat

Knipschild. *d. cap. 6. n. 137.*

Und dieses 16.) um so mehr / weil alles so darinn enthalten / der- 32.
gestalt beschaffen / daß darüber fideicommissum familiæ mit Fug und Bestand verordnet werden kan / admittit enim hoc duntaxat res immobiles, & quæ in usu juris, in horum censum referri solent, cujusmodi sunt reditus annui, Renthen / Zehenden und Gefällen;

Clement. *Exivi. in med. de V. S.*

Bartol. & Gloss. *in L. ult. C. de SS. Eccles.*

non attento, utrum hi in prædiis sint constituti, an verò ex obligatione personali debeantur,

Baldus *in L. hâc edictali. 6. §. 1. C. de secund. nupt.*
Berlich. *p. 3. concl. 34. n. 7. & 14.*

utrum in perpetuum, an ad modicum tempus concessi,

Alciatus *in L. moventium. 93. de V. S.*
Wesenb. *Consil. 61. n. 6.*
Knipschild. *d. tr. c. 5. n. 1. 26. & seqq.*

33. Deme 17.) nicht entgegen streitet / daß der Sohn auch an denen ausgeliehenen Geldern / Capitalien, Activ-Schulden / auch anderer Baarschafft und Geldern zum Erben eingesetzt worden / wie ex §. nachdem dann ꝛc. erhellet / ohne Unterscheid aber das gantze ihme assignirte Vermögen / und dergestalt auch vorgesetzte Stücke mit einem fideicommisso beschwehret worden / wie in §. demnach nun auch ꝛc. zu befinden / welches aber von Rechtswegen nicht beschehen können / weil die Baarschafft und Gelder notoriè res mobiles seynd;

Novell. 22. cap. 45. §. 2.
Mantic. *de Conj. Ult. Vol. L. 9. t. 3. n. 2.*
Card. Tusch. *tom. 6. concl. 30. n. 2.*

Die Capitalien und Nomina aber gantz besondere / und von rebus mobilibus & immobilibus unterschiedene Dinge geachtet werden;

L. Gajus. 86. princ. de Legat. 2.
L. à Divo Pio. 15. §. 2. de re judic.
Gail. *lib. 2. obs. 11. n. 9.*
Carpzov. *J. For. p. 3. c. 23. def. 8. n. 7.*

In welchem allen dergleichen Fideicommissum zumal nicht constituiret werden kan;

Knipschild. *d. loc. n. 95. & 96.*
add. Petr. Peck. *de Testam. Conjug. lib. 5. c. 15.*

Massen

Massen hierauf zu wissen / daß zwar der Sohn auch in dergleichen Stücken zum Erben eingesetzt / gleichwohl aber bloßhin die unbewegliche Gütter und andere Gefälle dem Fideicommisso familiæ unterwürffig gemacht / die Mobilia und Moventia aber zu dessen freyer Disposition überlassen / und dergestalt à Fideicommisso eximiret worden / wie vorerwehnter §. Demnach nun auch rc. klar im Munde führet; wiewohl auch sonsten die Baarschafft hierunter wohl stehen kan / quando pecunia pro conservatione familiæ reposita fuit, ut cum Jasone & Gailio tradit

Knipschild. *d. loc. n. 98.*

Es wird aber hiervon ad quæst. 8. weiter zu handlen / und was es hierum für eine Beschaffenheit habe / zu zeigen / Gelegenheit geben. Soviel aber die Capitalien und Nomina betrifft / so seynd zwar selbige absolutè & per se considerata species à reliquis distinctæ, quando autem necesse est, ut uni eorum accedant; veluti ubi constat de omnibus bonis actum esse, aut subjecta materia vel mens dicentis aliud vult, tum judicantur pro talibus, ad quas referuntur; 34.

Alciatus *in d. l. 39. de V. S.*

Argentoratenses *conf. 11. n. 51. tom. 3.*

Gail. *dict. obs. 11. n. 10. ubi in Camera hoc modo observatum fuisse testatur.*

Und weil demnach der Herr Testator dem Sohn alles fideicommissariè, ausser denen Mobilibus & Moventibus, zugedacht / so ist anderster nicht zu schliessen / als daß er auch die etwa vorhanden gewesene Capitalien und Nomina unter diesem Fideicommisso mit verstehen / und à Mobilibus separiren wollen / bevorab da dergleichen kein geringes ad splendorem Familiæ conservandum beytragen / in Fideicommissis auch mehr ad mentem Testatoris, als nativam rerum qualitatem zu sehen ist; 35.

L. pen. de Legat. 1.

Klock. *conf. 182. n. 520. tom. 3.*

Und

Und in dieser Absicht hat auch Nomina & Capitalia pro habili Fideicommissi hujus objecto gehalten

Knipschild. *dict. loc. n. 33.*

36. Uber dieses alles schlägt auch 18.) fideicommissariæ huic substitutioni der von der Tochter nach Gewonheit der Adelichen Familien auf seine des Testatoris Erb- und Verlassenschafft beschehene / und in §. ferner 2c. vermeldete Verzicht nachtrücklich bey / dum enim filia bonis avitis renunciavit, & hæc in favorem Masculorum & agnationis intacta relinquere, jussa est, fideicommissum familiæ inductum reputatur, ceu cum Vultejo innuit sæpius commemoratus

Knipschild. *cit. loc. n. 123.*

37. Und weil 19.) der Herr Testator diese seine so sorgfältig eingerichtete Disposition und Untersetzung mit der heylsamen Clausulâ codicillari verwahret / so legt sich dardurch seine Gemüts-Meynung keine vulgarem, sondern vielmehr fideicommissariam substitutionem zu verfügen / destomehr an Tag / communiter siquidem receptum est, quòd adjectione clausulæ codicillaris Testator fideicommissariè substituere voluerit;

Menoch. *lib. 4. præs. 66. n. 11.*
Bursatus *Cons. 88. n. 22.*
Klock. *cons. 182. n. 436. tom. 3.*
Brunnemann. *cons. 3. n. 39.*

38. Gleichwol will 20.) und zum Beschluß das Werck in etwas schwer machen / daß wann ein Vatter seinen Sohn zum Erben instituiret / dieser in Ansehung seiner Kinder mit einigem fideicommisso nicht wol beschwehret werden könne / pro certo siquidem porismate traditur heredem institutum quoad liberos suos proprios fideicommisso non censeri gravatum, uti vult & ratione evincit

Faber. *in Codic. lib. 6. tit. 7. def. 8. n. 4. & 5.*

Massen dieses zwar insgemein / alsdann aber nicht Platz findet / wann der Testator eine anderwärtige klare Vorsehung thut / sonderlich aber

auf

auf temporis tractum successivum sein Absehen gerichtet / sintemal solchen Falls fideicommissaria substitutio, indem er seine Descendenten ordine successivo einander folgen / und die Wohlfahrt seiner Familie nachtrücklich besorgen wollen / nothwendig inferiret und geschlossen werden muß / wie solches mit mehrerem erläutert

Faber. *dict. loc. n. 9. & seqq.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Diesem allem nun thun im geringsten keinen Abtrag / die im Eingang dieser Frage erregte Zweiffel / anerwogen bey dem 1.) der Herr Obriste zwar seine Tochter mit dem Sohn zugleich instituiret / gleichwohl aber sothane Institution bloßhin auf 2000. Reichs-Thaler in §. Ob dann wohl ꝛc. restringiret / mithin noch 3000. in Dotem assigniret und gezahlet / forters selbige hierauf seiner gantzen Verlassenschafft renunciiren lassen; Ferner *in* §. Demnach nun auch ꝛc. noch deutlicher zu verstehen gegeben / daß es bey dergleichen restrictâ Institutione verbleiben / in der gantzen Hereditát aber / so in rebus immobilibus & ad has pertinentibus bestehet / der Sohn allein Erbe / und sie ihme darinnen fideicommissariè substituiret seyn solle; woraus erhellet / daß die Tochter / so sonsten mit dem Sohn ab intestato zugleich geerbet hätte / à Testatore dergestalt graviret worden / daß sie mit der Ihro assignirten Geld-Anlage und Aussteuer zufrieden seyn / alles übrige aber den Sohn hinweg nehmen lassen solle / welches denen Rechten allerdings gemäß ist / cùm ab eo, qui aliquid saltem à defuncto accepit, restitutio fideicommissaria exigi possit; 39.

L. ab eo. 9. C. de fideicomm.

Und hieraus bekommt auch das Zweyte Einstreuen seine Abfertigung / bevorab da versehenen Rechtens / geminationem nihil operari, quando in actu geminato eadem militat ratio, quæ in simplici 40.

 Rimi-

Riminald. Jun. *Cons. 750. n. 18.*

cum ejusdem actus geminatio ultra primum nil operetur;

L. qui bis idem. 18. de V.O.

41. Daß aber nomine descendentium in gegenwärtiger Verordnung nicht Fœminæ zugleich zu verstehen / ist allschon in Rat. Decid. 7. & 8. gezeiget worden / descendentium nomine non venire scilicet fœminas, quando Testator aliud voluit, & de Masculis sensit;

add. Maulius *de Fideicomm. tit. 6. n. 32.*

42. Die Unerheblichkeit des Dritten zeiget Ratio Decidendi 4. nomen siquidem Fideicommissi familiæ aptissimum est, quia res ipsa ex universâ dispositione testamentariâ luculenter comprobatur;

arg. *L. si idem. 7. C. de Codicill.*

43. So findet auch das Vierdte nicht statt in Fideicommisso familiæ conservandæ causâ instituto, wie wohl bezeugen

Wesenb. *Cons. 94. n. 19.*

Pruckmann. *Cons. 34. n. 20.*

adeò ut Dd. id amplient, licet hæc ratio non sit expressa, sed tacitè subintellecta, ut multis adductis probat

Brunnemann. *Cons. 3. n. 43.*

Vulgaris autem Substitutio hîc prorsus exulat, quia Testator in infinitum descendentes instituit, sibique invicem surrogavit, ita, ut aditâ hereditate vel minimè expiret, ut aliâs fit in vulgari substitutione;

L. post aditam. 5. C. de Imp. & al. substit.

Faber. *in Cod. lib. 6. tit. 22. def. 46. n. 3. seqq.*

44. Der Fünffte Vorwurff hat zwar einen besonderen Schein / gleichwohl in præsenti casu von deßwegen keine Krafft / weil der Herr Testator Fideicommissum perpetuum eingeführet / und ad Jus conservandæ agnationis gesehen / welchemfalls auch die neptes ex filio ausgeschlossen werden / wie solches selbst nachgibt citatus antea

Richter. *cons. 379. n. 13. & 16. in fin.*

und

und darvon Ratio Decid. 7. mit mehrerem gelesen werden kan.

Wordurch auch der Sechste Schein-Grund hinfällt / aperta e- 45.
nim Testatoris dispositio & exclusio voluntatem Legis cæteroquin filias admittentis tollit & enervat;

arg. *L. si tutores. 3. C. de Testam. tutel.*

Was ferner bey dem Siebenden Gegen-Satz berühret wird / will 46.
einigen ohnedem als zweiffelhafftig vorkommen / wie zu sehen beym

Curtio Jun. *Cons. 116. n. 11.*

Gleichwohl aber in Fideicommisso familiæ unanreichig seye / quippe in quo nepotes quoque & reliqui descendentes includuntur, wie in Rat. Decid. 6. weitläufftiger gezeiget / und diesem hinzu gethan werden kan / was hiervon schreiben

Marta Neapolitanus. *lib. 5. digest. tit. fideicommissarius. cap. 27.*
Sande *lib. 4. decis. Fris. tit. 5. def. 11.*
Carpzov. *J. For. P. 3. c. 8. def. 28.*
Klock. *cons. 182. n. 580. tom. 2.*

Unde rectè tradunt Interpp. quod nepotes non tàm vi extensionis, quàm justæ interpretationis censeantur inclusi, & onus substitutionis fideicommissariæ in omnibus substitutis repetitum;

Brunnemann. *Cons. 3. n. 46. & 47.*
Menoch. *lib. 4. præs. 69. n. 13.*

Und obgleich Achtens und beschließlich liberi in conditione positi 47.
pro institutis nequaquam zu achten / so hat doch solches einen mercklichen Abfall / quando Testator descendentibus perpetuò providere, & agnationis rationem habere voluit, nec non alienationem rerum fideicommisso subjectarum expressè prohibuit, wie solches der Länge nach anführet

Fusarius *dict. tract. quæst. 437. n. 77. & seqq.*

Sanè enim tali casu voluntas Testatoris nullum aliâs sortitur effectum & exitum, voluit enim, ut in conditione positi ex fideicommisso præferantur illis, quibus aliâs ab intestato præferri haud

 possent,

possent, ut ingeniosè more suo concludit

Faber. *in Codic. lib. 6. tit. 22. def. 22. n. 16. & seqq.*

QVAESTIO QUARTA.

48. Ob wol auf die Vierdte Frage zu kommen / das von Herrn Obristen angeschaffte Fideicommissum bloßhin seine eigene Gütter / so sich bey seinem Ableben gefunden / afficiret / cum fideicommissis propriæ saltem defuncti facultates obnoxiæ reddantur;

L. cohered. 41. §. 3. de vulg. & pup. substit.

ac circa has tempus mortis, quippe quo hereditas formari incipit, spectetur;

L. ult. C. de Edict. div. Hadrian. toll.

Besold. *Cons. 133. n. 146. & 147. part. 3.*

Knipschild. *d. tr. cap. 6. n. 143.*

keines Weges aber auf die vom Sohn nachgehends erworbene Gütter und Gefälle sich erstrecket / cum talia in dominio ac potestate testatoris nunquam fuerint, & eapropter ab eo dari non potuerint,

L. traditio. 20. de Acq. rer. dom.

cap. nemo potest. 59. de R. J. in 6to.

in tantum, ut heres etiam confecto haud Inventario nihil de suo præstare debeat fideicommissario universali, ceu cum Ruino ampliat

Cæsar. Argelus de Paltronibus *ad L. ult. C. de Ed. div. Hadr. toll. quæst. 8. art. 35. n. 47.*

49 Nebst deme auch ersagter dessen Sohn diese seine eigen acquisita mit keinem fideicommisso beleget / weniger die Töchter bey Leb-Zeiten darauf Verzicht thun lassen / und dahero es sich anlässet / als wann diese mit denen Söhnen sich deren zugleich theilhafftig machen könnten / cum cessante dispositione testamentariâ & nominatim fideicommissariâ

missariâ locus sit successioni legali seu ab intestato,

princ. Inst. de success. quæ ab intest. defer.

quæ masculos & fœminas promiscuè admittit;

Nov. 118. cap. 1.

& renunciatione haud apparente jus à naturâ competens in salvo maneat, cùm sit species donationis, quæ non præsumitur, sed probari debet;

cap. super hoc. 5. X. de renunc.

L. cum de indebito. 25. de probat.

Alldieweil jedoch bey Adelichen Familien nicht so sehr auf die gemeine/ 50.
und bey andern Personen übliche Lehr-Sätze / als vielmehr höchst-nöthige und dem gemeinen Besten sonderlich erspriesende Erhaltung einer / durch besonders Wohlverhalten empor gekommenen / und vormals in den Adel-Stand erhobenen Familien zu ersehen / welche ohne zulängliche und Standes-mäßige Mittel und Einkünfften gewißlich nimmermehr zu erlangen / vielmehr aber bey deren Abgang oder Verschmälerung dem gewissen und unvermeidlichen Untergang unterworffen seyn muß; Ordo enim nobilitatis cum sub Rerum publicarum sustentaculum, & Magnatum firmamentum, nec non numeris eminentioris tum togati, tum militaris seminarium;

Honau. *de Nobil. quæst. 26.*

adeò ut qui amplificandis & augendis Nobilium familiis studet, publicæ utilitati principaliter prospicere dicatur, ceu tradunt Interpp.

Klock. *consf. 182. n. 148.*

Knipschild. *d. l. n. 5. in fin.*

opus sanè habet opibus ac divitiis, quibus ceu fulcris in constanti flore conservetur, & ad auspicatos fortunæ amplexus ac successus magis magisque excrescat, decrementum quin & interitum certissimè sensurus, si adjumentis hisce plusquam necessariis careat & destituatur,

 Besold.

Besold. *Conf. 9. n. 51. part. 1. & Conf. 103. n. 3. part. 3.*
Klock. *conf. 53. n. 53. tom. 2.*

51. So ist es zumal nicht thunlich / daß des Sohns Töchter von dem jenigen / was er Zeit währenden Ehe-Standes acquiriret / mit participiren / und hierdurch denen Söhnen ein merckliches an nachtrücklicher Fortführung ihres angestammten Adelichen Geblüts abgehen sollte / in besonderer Erwegung / quod ob favorem conservandæ & propagandæ familiæ ordinariæ juris Regulæ fallant, & multa contra juris placita permittantur & recepta sint;

Knipschild. *dict. loc. n. 58.* ubi plures adducit.

52. Und dieses wird nicht unbillig solcher Gestalt erstrecket / daß auch die Töchter von der Frau Mutter Seiten / von solchen acquisitis etwas zu prætendiren / zumal nicht befugt seyn können / dann anjetzo nicht zu gedencken / quod omnia, quæ Uxor constante matrimonio acquirit, censeantur in dubio ex bonis mariti acquisita;

L. Quintus Mutius. 51. de donat. int. Vir. & uxor.

præsertim si non sola, sed cum marito possederit;

Mynf. *cent. 2. obs. 92. n. 7.*

in tantum, ut id etiam ratione operarum marito debitarum cum Carpzovio ampliet

Brunnemann. *Conf. 33. n. 2.*

53. So ist doch bey Adelichen Geschlechtern gebräuchlich / daß eine Tochter bey ihrer Verheyrathung bloßhin die Ehe-Gelder einbringet / und solche in die Gütter des Manns gegen künfftigen Genoß eines convenienten Leib-Gedings / wie auch allhier von der Frau Ober-Marschallin geschehen / verwendet / dannenhero was sie mit ihrem Ehe-Herrn stante matrimonio erworben / einig und allein aus dessen Gütten / Gefällen und Renthen herrühret / auch deswegen denen Söhnen / bloßerdings & in toto zukombt und überlassen werden muß / cùm omnia occasione bonorum acquisita pertineant ad illum, ad quem ipsa bona in vitâ spectabant, ut apposité inculcat

Garsias

Garsias *tract. de Acquæst. Conjug. n. 98.*

Woran destoweniger zu zweifflen / weilen die Töchter nach Innhalt des Alt-Vätterlichen Testaments bloßhin den dotem loco successionis paternæ annehmen / und dergestalt den Vätterlichen Erb-Theil renunciiren müssen / worvon in der Siebenden Frage nachtrücklich gehandelt werden solle?

Sollte jedoch die Wohlseelige Frau Ober-Marschallin bey Leb-Zeiten ihres Ehe-Herrn / ausser denen Ehe-Geldern andere Gütter und Gefälle / etwa durch Erb-Fälle oder sonsten erhalten / und vor sich allein besessen haben / so hätte es damit eine andere Beschaffenheit / und würden solche billig hiervon auszunehmen seyn / wie dißfalls zeigen

Klock. *cons. 118. n. 6.*

Berlich. *part. 2. decis. 224. n. 31.*

QUÆSTIO QUINTA.

Der Fünfften Frage scheinet den Ausschlag zu geben / was ohn- 54.
verborgenen Rechtens / quod fructus in fundo feudali nati post separationem non pro feudalibus sed allodialibus habeantur, quodque fructus ex bonis Fideicommisso subjectis percepti ipsi Fideicommisso haud reddantur obnoxii, ut post Baldum & Rolandum à Valle benè monent Tubingenses apud

Besoldum *Cons. 133. n. 126. & 127. part. 3.*

Es ist aber solches allein dahin zu deuten / daß der Vasallus dergleichen Früchte nach Belieben verkauffen / ingleichen seine Creditores darvon befriedigen / oder auch diese Immissionem darinn zu sehen berechtiget seyn können /

Gail. *lib. 1. Obs. 117.*

Hartmann. Pistor. *part. 1. quæst. 15.*

und zwar nach dem Exempel deren ex Decimis fallenden Früchten / utpote qui non spirituales sed temporales judicantur, teste

Cravetta

Cravetta *Cons. 73. n. 7. in med.*

Jngleichen daß heres fiduciarius selbige mit denen Fideicommiß-Güttern zu restituiren keines Weges gehalten seye /

L. in fideicommissaria. 18. princ. §. 1.
L. postulante. 44. §. 1. & passim ad SCt. Treb.
Marius Giurba *decis. Messanensi. 31. n. 19.*
Richter. *Cons. 20. n. 10. & seqq. vol. 1. part. 4.*

Allhier ist aber die Frage hiervon nicht / sondern vielmehr von denen Früchten und Gefällen / so nach seeligen Hintritt des Herrn Ober-Marschalls dessen hinterbliebene Frau Wittib aus denen Lehen- und Fideicommiß-Güttern erhoben / zu Geld gemacht und zu Capital geschlagen / oder das daraus gelöste Geld annoch baar hinter sich gelassen hat / welchemfalls wohl-gegründeten Rechtens ist / daß die Söhne sich dessen allen mit Bestand allein anmassen und zueignen / die Töchter aber darvon ausschliessen können / und zwar dieses dahero / weil denen Söhnen so bald nach des Herrn Vattern Tod die Lehen- und Fideicommiß- auch in dieser Ehe erworbene Gütter als rechten Eigenthums-Herrn angefallene Nutzbarkeiten und Erhebungen von selbiger Zeit an niemand anders / als ihnen allein zugewachsen / und dahero die Töchter hiervon als Bonis alienis im geringsten nichts zu prætendiren vermögen / und diese wohl-bewährte Meynung referiret in terminis evidentissimis

Mynsing. *cent. 6. obs. ult.*

Jngleichem schlägt selbiger ex decisione Cameræ Imperialis bey

Marta Neapolitanus *tom. 4. Digest. tit. fructus. cap. 87.*

QUÆSTIO SEXTA.

55. Und hieraus findet sich auch ohne einige Difficultät / warum die Töchter bey der Sechsten Frage dergleichen Nutzbarkeiten und Capitalien als acquisita & materna keines Weges anheischen können / allermassen die Frau Wittib selbige bloßhin / als eine Vormunderin im

Nahmen

Nahmen der Söhnen / und aus ihren Feudal- und Fideicommiss- auch andern Güttern gezogen und gemacht / und gleichwie solche dahero Jhro als acquisita ohnmöglich zustehen können / also hat sie auch selbige auf dero Töchter keines Weges transmittiren können / cùm jura in defuncto haud formata & quæsita non possint transmitti;

L. traditionibus. 20. de A.R.D.
cap. 76. de R. J. in 6to.
Cravetta *Cons. 564. n. 4.*

& tutela importet quidem dominium, verum quod solam duntaxat administrationem & providentiam pupillarem respiciat;

L. tutor. 27. de adm. & peric. tutor.

QUÆSTIO SEPTIMA.

Bey dieser der Sachen Beschaffenheit / und da denen Töchtern 56.
die Feudal- und Fideicommiss-Gütter / auch die dieser Ehe vorhandene Acquisita allerdings mitstehen / so leget sich die Erörterung der Siebenden Frage von selbst dar / daß nemlich die Töchter weiter nichts als den ihnen von Natur zukommenden Unterhalt / und behörige Verpflegung / auch wann sie zu Adelichen Heyrathen schreiten / die gebührliche Dotation und Aussteuer suchen und begehren können / mithin auch den bey Adelichen Geschlechtern eingeführten und gebräuchlichen Verzicht leisten und abstatten müssen; Dann ohnangesehen / der bey denen Interpp. befindlichen Meynung / es können die Adelichen Töchter sothanen Adelichen Verzicht ihres erlangten Erb-Rechts zu thun / keines Weges genöthiget werden / wie zu sehen beym

Kollenbenz. *tract. de Renunciat. success. quæst. 7. n. 6. & seqq.*

wann gleich in einem Adelichen Geschlecht dergleichen ein- oder andermahl geschehen seye / allermassen solches ampliativè vorkehret

Besold. *Cons. 34. n. 93. & seqq. part. 3.*

so will doch solche Opinion darmit / quod nulla super hâc re extet consuetudo coactiva, bewähret werden / wie zu sehen beym

Besoldo *cit. loc. n. 91. & 92.*

57. Dieses Falls aber gründet man sich nicht so sehr auf eine Gewonheit / als vielmehr auf das Alt-Vätterliche Testament, Krafft dessen der Herr Testator seiner einigen Tochter bloßhin den dotem assigniret und gereichet / auch dabey auf seine gantze Erb- und Verlassenschafft sich solchen Verzicht thun lassen. Und weil dieses Testament nicht nur von der Tochter / sondern auch von dem Sohn approbirt / diese Approbatio auch so kräfftig / daß auch dessen Kinder und Erben / wie in Quæst. 2. gezeiget / dadurch obligiret werden / so müssen dieselbe mit dem dote sich begnügen lassen / und dißfalls sothanen Verzicht thun. Und verfängt hierbey im geringsten nichts / daß der Herr Testator bloßhin seiner einigen Tochter gedacht / mit nichten aber / daß hinkünfftig alle Descendenten Weiblichen Geschlechts / nach Empfang der Aussteuer sich der anfallenden Erbschafft begeben sollten / beygefüget / gestalt die Ursach des seiner Tochter assignirten dotis und erforderten Verzichts in conservatione familiæ & agnationis bestehet / wie in Quæst. 3. deduciret worden. Gleichwie nun dieselbe in allen denen jenigen / so in abstreichender Linie von ihme posteriren / und Sexus fœminini seynd / gleichfalls militiret / also werden auch dieselbe mit gedachter seiner Tochter gleichen Recht sich unterwürffig machen müssen. Cùm identitas rationis operetur dispositionis identitatem.

L. illud. 19. C. de SS. Eccles.

& casus sub ratione comprehensus ab ipso testatore inclusus intelligatur, ne alioquin dispositio reddatur inutilis

L. qui testatur. 1. §. 5. de hered. instit.

Idque nominatim in fideicommissis probat Papinianus in

L. peto. 69. §. 9. de legat. 2.

L. cum pater. 77. §. 22. eod.

58. Und eben diese Ursach hat auch allschon eine von denen Töchtern / so an den Königlichen D. Ober-Hof-Meister / Herrn von G. verheyrathet worden / den assignirten dotem anzunehmen / und dargegen einen

nen schrifftlichen Verzicht unter Ihro und ihrer Liebsten Hand von sich zu geben / sich antreiben lassen.

Es fallen aber hierbey noch einige Neben-Fragen für / und zwar Erstlich / ob ersagter von dieser verheyratheten Tochter gethane Verzicht / indem solcher nicht vermittelst eines Cörperlichen Eyds / sondern bloshin bey Adelichen Ehren / und an Eydes-Statt beschehen / gültig und verbündlich seye? Wiewol nun solches mit Bestand keines Weges zu behaupten scheinet / per

cap. 2. de pact. in 6to.

Köllenbenz. *d. tract. q. 3. n. 6. & seqq.*

So wird doch das Gegentheil dahero erwiesen / quod obtestatio sub fide politicâ, nec non sub formula an Eydes-Statt ejusdem efficaciæ sit, cujus ipsum Juramentum, si firmitatem promissionis intueamur, per textus expressos in

cap. ad aures. 3. X. de his quæ vi met. caus.

cap. pervenit. 2. X. de fidej.

quod & probant

Covarruv. *in. 1. part.. Comment. in dict. cap. quamvis. de pact. in 6t. §. 2. vers. nono ab eâdem.*

Schurff. *cons. 53. n. 19. cent. 2.*

Nebst deme erheischet Pontifex *in dict. cap. 2.* sub commemoratione 59.
juramenti non tam solennem quandam juris jurandi speciem, quam potius religiosam & enixam pactionis initæ confirmationem, utpote quæ implicitè juramento corporali æquiparari solet, uti pertinenter & solidè concludit

Menoch. *de success. Convent. cap. 3. §. 4.*

Atque hanc sententiam notabili Cameræ Imperialis applausu munitam esse eamque in decidendo ibidem observari testantur

Gail. *lib. 2. obs. 59.*

Myns. *cent. 1. obs. 17.*

welchem auch andere Tribunalia nachdrücklich beypflichten / wie ausdrücklich veranlassen

Hening. *de fidej. c. 77. n. 298.*

Coler. *de Proceß. Exerc. p. 1. c. 10. n. 246.*

Damit aber der destomehr hierbey aller Zweiffel benommen werden möge / so hat mehr ersagte Tochter den Verzicht nicht ihrem Herrn Vattern / als welcher schon vorlängst verstorben gewesen / sondern vielmehr ihrem Gebrüdern zu gut verfüget / und dergestalt hereditati jam delatæ renunciiret / quo casu nullum desiderari Juramentum Doctores docendo & consulendo observant, ut videre est apud

Marpurgenses *Conf. 17. n. 104. vol. 1.*

womit auch zugleich ersagte Dispositio Canonica in *d. cap. quamvis* ihre Abfertigung erlangt / als welche dem klaren Buchstaben noch allein von dem Fall / quando filia ipsi patri renunciationem facit, Meldung thut.

60\. Zweytens erwehnet die Frage / ob die übrige Töchter / so noch unverheyrathet / eben dergleichen Summ der 3000. Reichs-Thaler loco dotis anzuheischen / und sich dißfalls auf das Alt-Vätterliche Testament zu beruffen befugt seyen? Worauf zu wissen / quòd filiæ sequentes eandem dotis quantitatem exigere valeant, quæ filiæ primæ fuit assignata & exsoluta;

Mevius *part. 2. decis. 118.*

Emeric. ab Esbach. in not. ad Carpzov. *p. 2. const. 46. def. 19.*

Sollten jedoch zu der Zeit / da einer oder der ander von denen Töchtern die Aussteuer gereichet werden muß / die Gütter abgenommen haben / oder andere erhebliche Ursachen ins Mittel kommen / so würde auf den im Anfang bestimmten dotem nicht zu sehen seyn / sondern derselbe nach Gelegenheit und vortringenden Umbständen auch in etwas verringert werden können / mutatio siquidem in bonis contingens vel alia justa causa emergens diversum jus expostulat, & aliam dotis determinationem admittit;

Carpzov. *Jur. For. p. 2. const. 46. def. 29.*

Mev.

Mev. *dict. loc. n. 6. & decis. 119. n. 3.*

cum in constitutione dotis non tàm ad quantitatem à patre primæ filiæ datam, quam potius ad vires feudi respiciendum sit,

Brunnemann. *Cons. 170. n. 21.*

Drittens kan nicht uneben gefragt werden / ob der von der einen Tochter allbereit beschehene / und von denen übrigen Töchtern noch künfftig zu leisten stehende Verzicht denenselben / das von ihrer Frau Mutter vormals einbrachtes Ehe-Geld anzuheischen / im Wegen stehen könne? Ob nun wol die Interpp. dißfalls der Meynung seynd / quòd renunciatio filiarum obstet quidem successioni paternæ, nequaquam verò repetitioni dotis, quam mater intulit, quæque in bonis mariti remansit, ut ingeminat & momentis firmat 61.

Kellenbenz. *d. tr. quæst. 23. n. 5.*

Alldieweil aber die Frau Mutter Zeit ihres Wittwen-Stands ihren völligen Unterhalt aus ihres Ehe-Herrn S. Mitteln und Güttern genossen / und dergestalt des Ihro angeschafften Dotalitii, ohnangesehen wo und an welchem Ort zu C. oder Z. solches geschehen / fähig worden / so ist auch deme / daß das von Ihro eingebrachte Heyrath-Geld / von dero nachgelassenen Töchtern keines Weges zurück gefordert werden könne / quando enim Uxor dotalitium percepit, tum dos marito numerata ejus bonis ita incorporata fuit, ut nunc amplius peti non possit, ceu communiter hoc ipsum ab omnibus receptum & stabilitum esse singulariter probat

Henelius ab Hennenfeld. *tract. de Jur. dotalitii. cap. 4. §. 23. lit. H.*

QUÆSTIO OCTAVA.

Wegen Theilung des Silber-Geschirrs und andern Pretiosen, so dann der Fahrnus und übrigen Mobilien und Moventien scheinet auf deren Natur und Eigenschafft das Absehen zu nehmen / auch die Beantwortung der achten Frage darnach einzurichten seye. Nun ist 62.

 aber

aber bekannt / quod res pretiosæ tametsi suâ naturâ mobiles in usu tamen juris pro immobilibus reputentur;

L. quæ tutores. 22. C. de adm. Tut. vel Cur.

adeò ut etiam nominatim in fideicommissis familiæ id procedere asseveret,

Knipschild. *cit. tract. cap. 5. n. 81.*

63. Die übrige Mobilia und Moventia aber scheinen zu denen Immobilibus, als Häußern und Höfen zu gehören / und dahero denen Söhnen allein zuzukommen / cum accessoria eodem jure censeantur cum principalibus

cap. accessoria. de R. J. in 6to.

& multa transeant per Universitatem, quæ aliâs non transirent,

L. interdum. 1. §. 1. de fund. dotal.

quin etiam in consequentiam contra juris ordinem nonnulla permitti soleant, ut textu valdè notabili probatur in

L. quanquam. 1. princ. de auth. tut.

unde cum fundo & arce animalia & pecora ibidem existentia simul in feudum concessa censeri nec non in fideicommissarium tali casu in locum demortuorum vel inutilium animalium alia substituere, eoque nomine cautionem præstare teneri, notabiliter insinuat

Knipschild. *dict. loc. n. 12. & 13.*

64. Hingegen aber will diesem allem dem Ansehen nach entgegen stehen / daß der Herr Alt-Vatter mit austrücklichen Worten die Mobilia und Moventia in §. demnach nun auch ꝛc. von dem Fideicommisso befreyet / und selbige zu freyer Disposition des instituirten Sohns überlassen / in ultimis autem voluntatibus non semper rei conditionem ac naturam, sed potius voluntatem testatoris inspicimus,

arg. *L. si cui fundum. 5. de instr. vel instr. legat.*

cum non censeatur legum arbitrio & interpretationi sese conformasse, quando aliud verborum suorum sensurus & proprietas impor-

importat,

Alciatus *de præſ. reg. 3. præſ. 31. n. 1. verſ. caſus ſecundus eſt.*
Alexander. *Conſ. 176. n. 5. lib. 7.*

licitum ſiquidem eſt recedere teſtatori à lege in iis, quæ non juris neceſſitati ac præcepto, ſed hominum arbitrio ſupponuntur;

L. penum. 7. de pen. legat.

Bey dieſen dergeſtalt gegeneinander ſtreitenden Motiven, giebt der Sachen den Ausſchlag / daß der Herr Alt-Vatter Sexum fœmininum bloßhin mit dem Heyrath-Gut vorlieb zu nehmen / und dargegen ſich ſeiner Erb- und Verlaſſenſchafft zu begeben / per expreſſum ordiniret hat. Gleichwie nun in ſolcher Erbſchafft auch die Pretioſa, Mobilia & Moventia, ſo viel deren nicht veräußert worden / oder ſonſten vorzukommen ſich befinden / die Töchter auch bey ihrer Renunciation, ſo des Herrn Ober-Marchalls Töchter nunmehro gleichfalls abſtatten müſſen / ſich deren begeben / ſo iſt es zumal nicht thunlich / daß dergleichen Dingen / ſie rühren gleich her von Herrn Alt-Vatter / oder vom Herrn Vatter / denenſelben mit in die Theilung zu bringen / verſtattet werden ſollte / renunciatio enim totius ſingularum rerum renunciationem complectitur, 65.

L. ſi quis. 7. de Except. rei judic.

& univerſitati omnia ſubjacent, quæ vel ex legis vel teſtatoris voluntate ambitu ejus continentur;

L. & non tantum. 19. & L. item veniunt. 20. de hered. petit.

Dannenhero obgleich die Töchter von denen Pretioſis mobilibus & moventibus nicht jure fideicommiſſi ausgeſchloſſen werden / ſo iſt es doch genug / daß die vom Teſtatore eingeführte / und cum Teſtamento approbirte Renunciatio denenſelben hierzu allen Zutritt benehme. Und haben ſich die Töchter hierunter im geringſten nicht zu beſchwehren / weil ſie biß auf ihre Verheyrathung / mit behörigen und Stand-mäßigen Alimentis von denen Succeſſoribus feudi & fideicommiſſi, und zwar ex reditibus fructibus & acceſſionibus, 66.

Petrus

Petrus de Benintendis *decis. Bononiensi. 89. n. 3.*

besaget werden müssen /

L. quæro. 60. de Jur. dot.

1. Feud. 6. §. 2.

Mevius *part. 2. decis. 119. & part. 3. decis. 364.*

Carpzov. *J. for. part. 2. const. 35. def. 5. n. 3.*

Klock. *Cons. 132. n. 49. & 50. tom. 3.*

adeò ut universali Germaniæ consuetudine debitum alimentorum sit factum onus reale, bene monente

Mevio *p. 3. decis. 367. n. 2.*

67. Dahero auch keine Hinderung thut / daß der Herr Alt-Vatter seiner Tochter an allerhand Haußrath und und andern Mobilien ein ansehnliches in seinem Testament zugeleget / wie ex §. soviel aber ꝛc. zu ersehen / massen solches in der Absicht / weil sie ein einige Tochter / auch tempore conditi Testamenti eben verheyrathet gewesen / geschehen. Indeme aber des Herrn Ober-Marchalls nachgebliebene Töchter noch alle biß auf eine im ledigen Stande leben / und dergestalt die Söhne mit Darreichung anreichiger Alimenten überflüßig beschwehret werden / so können sie auch außer denselbigen ein mehreres zu leisten keines Weges geheissen werden / cùm nemo duplici onere gravari debeat;

L. si cum dotem. 22. §. 3. solut. matrim.

L. sticho. 63. in fin. de Usufr. legat.

quin potius æquum sit, ut dum gravatur in uno, non debeat gravari in altero,

Berhand. *Cons. 463. vol. 4.*

QUÆSTIO NONA.

68. Wann man erweget / daß der Weibliche Geschmuck weder addotalia noch auch parapharnalia, sondern allein receptitia mulieris

bona

bona gehöre / so wird auch die neunte Frage erörtert / und von selbsten gefunden werden können / daß solcher denen Töchtern allein zuzulegen seye. Und zwar was die Frau Mutter im Anfang seu tempore initi matrimonii gehabt / und sich eigenthumlich auch zu ihrem eigenen Gebrauch vorbehalten / wird ohnstreitig in numero bonorum receptitiorum, oder für ihr ausgesetzt und vorbehalten Gut geachtet werden müssen;

L. hâc lege. 8. C. de Pact. convent. tam super dote.

Ob aber dergleichen auch von dem jenigen / was ihr Ehe-Herr Ihro hierunter durante matrimonio an Kleidern / Zierath / und andern weiblichen Geschmuck zugeleget / oder aus dem Seinigen Ihro zuzulegen erlaubet / verstanden werden könne / scheinet dahero zweiffelhafftig zu seyn / quia maritus Conjugi suæ quicquam donare haud potest, eò quòd amor non debeat esse venalis, nec Conjux Conjugem donando reddere pauperiorem;

L. 1. & passim. de donat. int. vir. & uxor.

Indem aber dasselbe viele merckliche Abfälle / und darunter auch diesen hat / quod maritus non saltem vestes quotidianas, ut censet

Monachus *tract. de Exec. in Vestib. cap. 13. n. 11.*

verùm etiam honorificas cultas & festivas, aliave Pretiosa, Uxori donare valeat, si modò hæc omnia utriusque dignitati conveniant, & vires patrimonii patiantur, ceu benè cum citatis observat

Mantica *de Tac. & amb. convent. lib. 20. tit. 1. n. 18. & seqq.*

& novissimè etiam probat JCtus Neapolitanus

Nic. Vincentius Scoppa *observ. Theor. practic. 118. num. 21. & seqq.*

ac hâc ratione etiam post contractum matrimonium à Viro data receptitia esse possint, accuratè animadvertente

Tabore *in not. ad Colleg. Argent. tit. de Jur. dot. n. 26. sub materia.*

So wird auch hiervon ein gleichmäßiges Urtheil gefället / und diese denen Töchtern gleichfalls zugeleget werden müssen / cùm recepticia Uxoris heredibus sui sexus solummodò deferantur;

Moller. *lib. 1. semestr. 44.*

69. Im Gegentheil aber kommen des Herrn Vatters Wehr / Waffen / Reit- und Kutschen-Pferde / auch Bücher und Kleidungen allein dessen Söhnen zu / in Erwegung daß der Herr Alt-Vatter auch dero Zeit dieses alles seinem Sohn zugeleget / wie ex §. vors dritte &c. zu ersehen / und dardurch zu verstehen gegeben / daß solches bey seinem Stamm und Nahmen gelassen werden solte / ex Insignium siquidem delatione familiæ conservatio significatur, & fideicommissum inducitur,

Fusarius *tr. de subs. fideic. quæst. 499. n. 13. & 14.*
Knipschild. *d. tr. cap. 6. n. 126.*

cùm Insignia & arma designent, cujus res sit,

Peregrin. *de Fideicomm. art. 44. n. 47.*

certoque jure proditum sit, arma, equos & libros ad peculium castrense & quasi castrense pertinere,

L. si in potestate. 1. C. de castr. pecul.
Brunner. *tract. de collat. cap. 4. n. 107. seqq.*
Pfeil. *Cons. 131. n. 9.*

cujus fœminæ capaces esse non possunt;

Matth. de Afflict. *decis. Neapolitan. 320.*
Roland. à Valle *Cons. 41. n. 11. vol. 4.*
Bachov. *de Action. disp. 8. coroll. 2. p. 150.*

QUÆSTIO DECIMA ET ULTIMA.

Die Erledigung der zehenden und letzten Frage ist keiner sonderbahren Difficultät unterworffen / dann in denen offenbaren und unzweiffelhafftigen Rechtens / quod dos sine nuptiis esse non possit;

L. dotis. 3. de Jur. dot.

quod-

quodque in stipulationem deducta non ex die stipulationis, sed petitionis sive nuptiarum cedat, in terminis ferè nostris comprobante Juliano in

L. tali. 48. princ. eod.

cùm deserviat oneribus matrimonii,

L. pro oneribus. 20. C. de Jur dot.

& eapropter tacitam implicet conditionem, si nuptiæ sequantur;

Carpzov. *p. 1. decis. 16. n. 15.*

So findet sich von selbsten / daß selbiger denen Töchtern / so lang sie ledigen Standes sind / keines Weges verzinßet / sondern ihnen bloßhin behörige Alimentation verschaffet werden müsse. Und muß ihnen genug seyn / wann sie zu seiner Zeit und ihrer Verheyrathung / die völlige Aussteuer und Ehe-Gelder so gewißlich allhier auf eine grosse Summ anlauffen / erhalten / da hingegen auch sie jezuweilen mit einem geringeren dote sich begnügen / und mit der Hoffnung in domo mariti ein mehreres zu erhalten / sich abspeisen lassen müssen / wie wol und appositè bemercket

Knipschild. *d. tr. c. 6. n. 209. in medio.*

satis siquidem videtur fœminis factum, si constitutâ dote maritis locarentur ex dignitate, cùm in his gentis nomen & decora finem accipere soleant, ut loquitur

Abrahamus à Wesel. *tr. de Connub. bonor. societ. tract. 2. cap. 6. num. 10.*

Sonsten werden nomine dotis nicht nur die Ehe-Gelder / sondern auch auch expensæ nuptiales, als Geschmuck / Kleider- und Hochzeit-Kosten verstanden / welche gleichfalls bey der Tochter künfftiger Verheyrathung à successoribus feudorum & fideicommissorum juxta communem locorum & familiarum observantiam præstiret werden müssen / wie nachtrücklich lehret

Mevius *part. 2. decis. 220.*

Inzwischen fällt noch zum Beschluß merckwürdig in Acht zu nehmen für / daß wann denen Töchtern der Braut-Schatz assigniret / und selbige nachgehends verheyrathet worden / dieselbige demnach à paternâ successione abstehen und ausgeschlossen bleiben müssen / ob gleich selbigen alsdann der verheissene und zugelegte Dos nicht würcklich abgestattet worden; Quantumvis enim dos permissa, vel in ultimâ voluntate assignata, propriè dici dos haud possit, ad effectum tamen excludendi fœminas pro dote accipi debet, eò quòd causa conservandæ agnationis & familiæ sit valdè favorabilis, & omnibus modis promoveri debeat, ceu post Bartolum, Baldum, Rolandum, Socinum & alios doctè tradit, imò opinionem hanc esse communem, & in decidendo observandam corroborat

Ludovici *Decis. Perusina. 21. n. 9. & seqq. part. 1.*

CON-

CONSILIUM seu RESPONSUM XXXVIII.

Fideicommisso conventionali per Pactum Familiæ introducto, an Agnatus proximior alienationem boni Fideicommissarii in remotiorem factam jure retractus rescindere valeat?

Wañ in einem Burg-Frieden ein Fideicommiss eingeführet worden / ob der nächste Gan-Erbe des Näher-Rechts sich bedienen / und die an einen andern Geschlechts-Vettern gethane Veräusserung oder Verpfändung eines Stamm-Guts umstossen könne?

SUMMARIA.

1. *Fideicommissum quando reale judicetur? Per Pactum etiam vel contractum, & quidem non de parte saltem bonorum verum etiam universitate constitui valet.*
2. *Pacta plurium unius vel alterius dissensu infringi nequeunt, & in quantum omnes indifferenter fidejussores conventionali fideicommisso constringantur.*
3. *Vis & qualitas negotii, quam à lege vel consuetudine habet, unicè inspicienda, clausulæ verò adjectæ ab ipso contractu regi debent.*
4. *Agnatus proximus alienationem in remotiorem factam rescindere valet, & quænam proximitas tali casu attendatur?*

SPECIES FACTI.

Eine gewisse Familie hat dero Burg-Frieden dieses inseriret / daß / wann einer von denen Stamm-Güttern aus Noth etwas versetzen oder verkauffen wolle / so soll er Macht haben solches seinen nächsten Agnaten oder Gan-Erben / oder Falls dieselbe nichts darauf leyhen oder kauffen wollen / seinen andern Geschlechts-Vettern zu thun.

QUÆSTIO PRIMA.

Ob hierab einer / der solches thun will / gehalten seye / es zu erst allen seinen nächsten Agnaten nach der Ordnung anzubieten? Ob gleich eines Theils keine clausula obligatoria expressa hierüber im Burg-Frieden enthalten / sondern nur diese Formalia, daß er Macht haben solle seinen nächsten Agnaten, und da dieselbe nicht wollen ꝛc. darinn stehen; Andern Theils auch darinn nicht zu finden / daß er es allen nächsten Agnaten der Ordnung nach anbieten solle?

QVAESTIO SECUNDA.

Ob dann bey solcher Bewandtnus und damit vorbeygegangener Anbietung einiger der nächsten Agnaten an einen andern Geschlechts-Vettern etwas versetzt worden / einer von denen solcher massen vorbeygegangenen nächsten Agnaten den Remotiorem von solchem Versatz in Krafft obgedachten Burg-Friedens inserti, oder sonsten de jure abtreiben / und dasselbe an sich nehmen könne / der Remotior auch gehalten seye / dem Proximiori solches zu gestatten?

RESPON-

RESPONSUM.

Auf die beyde vorgestellte Fragen mein Gutachten zu ertheilen/ so berichte hierauf/ und zwar auf die Erste Frage/ daß/ ob zwar die aus dem Burg-Frieden angezogene Worte dem Ansehen nach pro obligatoriis nicht zu halten seyen/ dennoch bey reifferem der Sachen Nachsinnen ein anders und zwar dieses denen Rechten nach heraus komme/ daß dem jenigen/ so etwas von denen Stamm-Güttern veräusern oder verpfänden wolle/ obliege/ denen nächsten Stamms-Agnaten darvon part zu ertheilen/ und denenselben solcher Gestalt libertatem retrahendi zu überlassen. 1.

Und zwar dieses dahero/ weil 1.) ersagter Burg-Friede anders nichts/ als Fideicommissum perpetuum in gratiam totius familiæ ordinatum nach sich ziehet/ wordurch gleichwie alle Stamm-Gütter gleich von Anfang afficiret worden/ also auch in solcher Qualität immerhin verbleiben/ und zu Conservation der Familien und aller dessen Descendenten jederzeit beysammen gehalten werden müssen/ judicatur siquidem Fideicommissum reale, quando in gratiam familiæ relictum, & ut omnibus ab eâ descendentibus sollicitè conservari debeat,

Besold. *cons. 133. n. 31. & seqq. part. 3.*

cùm nil prohibeat, quò minus etiam per pactum vel contractum ejusmodi fideicommissum constitui valeat,

Hondedæus *Cons. 42. n. 44. part. 2.*
Klock. *cons. 33. n. 5. tom. 2.*

& quidem non de parte saltem bonorum, verum etiam de universitate, veluti de Comitatu, Baronatu vel Ganerbinatu;

L. 1. §. 19.
L. 45. ad SCt. Treb.

Und würde demnach 2.) zu grossem Nachtheil dieses Fideicom- 2.

missi und dessen nächsten Stamms-Agnaten gereichen / Falls ein oder andere Gütter ohne vorhergegangene Denunciation eigenen Gefallens alieniret oder verpfändet werden wollten / neque enim pacta plurium unius vel alterius dissensu infringi possunt, quin potius omnes indifferenter successores conventionali hoc Fideicommisso ita constringuntur, ut alienatio citra denunciationem ad effectum perduci haud possit, etiamsi fiat in præsentiâ proximiorum fideicommissariorum, & quamvis hi non contradicant, ceu pluribus firmat

Besold. *cons. 49. n. 79. & seqq. usq. ad n. 90. & 94.*

3. Ob dann gleich 3.) Eingangs erwehnte Worte libertatem magis, quam obligationem nach sich zu ziehen scheinen / so ist doch mehr auf die Art und Eigenschafft des Burg-Friedens selbsten / als auf die angehängte Clausuln zu sehen / cùm vis & qualitas negotii, quam à lege vel consuetudine habet, unicè inspicienda,

Cravetta *Cons. 186. per tot.*

clausulæ verò adjectæ ab ipso contractu regi & exponi debeant,

Richter. *de Interp. Contract. aph. 6.*

accedit, quòd verba demonstrationis & executionis causâ adjecta nil novi inducant, multò minus verò sensum ejus, quod rite fuit dispositum, immutent,

Vultej. *Cons. Marp. 29. n. 11. vol. 2.*

4. Worab dann auch die Zweyte Frage ohnschwehr ihre Entledigung erhält / daß begebenden Falls / da dem nächsten Geschlechts-Agnaten hierunter keine Anzeige geschehen / derselbe die in remotiorem unternommene Alienation rescindiren / und gegen selbigen des Juris Retractus sich mit Recht bedienen könne /

2. Feud. 11. & 50.

Und wird solchen Falls proximitas nicht ratione ultimi Vasalli defuncti, wie einige wollen / sondern vielmehr respectu ipsius Testatoris anzusehen seyn / per text. express. in

L. 32. §. ult. de leg. 2.

Gail. *lib. 2. Obs. 149. n. 2. & Obs. 154. n. 3.*

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XXXIX.

An & quatenus Interesse alterius Interesse exigere liceat?

Ob und welcher Gestalten Interesse von Interesse zu fordern erlaubt?

SUMMARIA.

1. *Accessio accessionum esse nequit & Interesse alterius Interesse exigere haud permissum.*
2. *Mora debitoris cur non possit aggravare obligationem Creditoris?*
3. *Sublato debito pignora quoq; dissolvuntur, adeò ut si Creditor de facto illa retinuerit, nullâ temporis præscriptione se tueri possit.*
4. *Incertitudo suspicionem criminis usurarii etiam in foro conscientiæ removet.*
5. *Moram non facit, qui ad Judicium provocat, & qui id, quod suum est, obtinere intendit, à malâ fide est immunis.*
6. *Damni in puncto ejus quod interest non habetur ratio, quod tempestivâ cura declinari potuit.*
7. *Usurarum exactio est odiosa & in dubio contra eam pronunciandum.*
8. *Fructuum usuræ haudquaquam sunt præstandæ.*
9. *Usuræ ratione sortis ex re alienâ perceptæ præstari debent.*
10. *Usuræ haud semper pro rerum accessionibus sed re quadam principali reputantur.*
11. *Utrum primum Interesse petatur principaliter alterum verò accessoriè, an verò utrumque accessorii vices sustineat, cum JCtis Helmstadiensibus distinguitur.*
12. *Principale dicitur, quod per se subsistit, & suo respectu à re aliâ dependentiam non habet.*
13. *Damnum infert, qui id agit, quod facere jus non habet, & alteri*

alteri, quod suum est, præripit. Ac proinde alterum plenissimè indemnem servare tenetur.

14. *Dispositio de altero tanto lege inducta officium quando perdat?*

15. *Fructuum post litem contestatam perceptorum usuræ haud debentur. & quando hoc fallat?*

16. *In mora solvendi haud existit, à quo propter exceptionem jure subnexam pecunia peti nequit.*

17. *Proprium Creditoris factum ei tantum non autem debitori nocere debet.*

18. *Incertitudo quæ facilè ad certitudinem redigi potest, haud attenditur.*

19. *Non est illiquidum, quod subducto calculo facilè est liquidabile ex diuturnâ fructuum perceptione solutio præsumitur.*

20. *Usuræ quando pro odiosis habeantur, limitatur.*

21. *Quænam cautela circa computationem in sortem sit observanda?*

22. *Præjudicium Camerale allegatur.*

QUÆSTIONES.

OB ein Debitor, qui prædium pignori nexum detinuit illo ex fructibus perceptis & percipiendis exonerato die überhobene oder zu geniesen kommende fructus nicht cum annuis pensionibus de jure zu erstatten verbunden / in Erwegung / daß auch dessen Vorfahr / ehe selbiger zu solchem prædio gelanget / von denen ihme dieses debiti wegen verschriebenen aber jährlich nicht gezahlten Zinsen in facto selbsten pensiones angerechnet und genommen?

Ob deßwegen keine præjudicia in Camera Imperiali vorhanden?

RESO-

RESOLUTIONES QUÆSTIONUM PROPOSITARUM.

QUÆSTIO PRIMA.

ANreichend die mir überschickte Fragen / so habe selbige wohl erwogen / und bin bey der vorgestellten Ersten Frage der ohnvorgreifflichen Meynung / es seye dem Debitori, Falls nach erfolgter Liquidation sich befinden solte / daß das Capital durch die nach und nach erhobene oder zu erheben gestandene Nutzungen völlig absumiret und bezahlet / auch ein anders zwischen dem Debitore und Creditore anfänglich nicht veraccordiret worden / von denen nach solchem Abtrag immerfort eingenommenen Früchten behöriges Interesse anzurechnen und zu fordern erlaubet;

RATIONES DUBITANDI.

DAnn obwohl nicht unbekandt / quod 1.) accessio accessionum esse nequeat, 1.

L. 20. de Usuris.
L. 26. §. 1. de condict. indeb.

& Interesse alterius Interesse exigere haud sit permissum, eò quod rationes Anatocismo obstantes hîc quoque vim suam exerant, ceu communem hanc & veriorem opinionem esse commemorant, eamque amplectuntur,

Hondedæus *Cons. 50. n. 28. & 40. vol. 1.*
Franzk. *lib. 2. resol. 10. n. 87.*
Hering. *tract. de fidejuss. cap. 4. n. 52.*
Carpzov. *J. For. part. 2. const. 30. def. 29.*

2. Neben dem auch 2) dem Creditori, so bloßhin der Zahlung seiner Forderung abgewartet / immittelst aber sich billig seines Unterpfands und dessen Gebrauchs bedienet / im geringsten nichts / wohl aber dem Debitori die Schuld beyzumessen / indeme er nicht nur den Creditorem mit der Ablag immerhin aufgehalten / und die versetzte Stücke in seinen Händen gelassen / sondern auch durch seinen allzulangen Verzug genöthiget gegen ihn Klage zu erheben / und in eine noch anhaltende beschwehrliche und kostbare Rechtfertigung mit ihme zu verfallen / mora autem debitoris non potest aggravare obligationem Creditoris,

L. 32. de Usur.
L. 173. §. 2. de R. J.
cap. 5. eod. in 6to.

cum morâ ex hujus parte cessante Interesse non debeatur,

Decius *Respons. 60. n. 43. vol. 2.*
Natta *Consil. 417. n. 1.*

eò quod nullum Interesse sine morâ constare possit,

Bertazoll. *Consil. 262. in addit. lit. A. vers. falluntur. lib. 2.*

3. Und ob man gleich 3.) vorgeben wollte / es hätte der Creditor hierinnen vorsichtiger verfahren / ob etwa das Capital durch die von denen Pfand-Stücken erhobene Nutzungen sich abgetragen / erforschen / und da deme also / jene zurück geben / und dieser sich allerdings *entladen* sollen / cùm plusquam notum sit, sublato debito pignora quoque dissolvi, eorumque usum non amplius concedi,

L. 43. de solut.

adeò ut si de facto pignora retinuerit, nullâ temporis præscriptione se tueri possit,

Treutler. *Consil. 1. n. 13.*

4. So ist es doch an deme / daß die Jahrs-Gefälle nicht allemal gleich fallen / und dahero wegen deren Ungewißheit dem Creditori die zweiffelhaffte Gedancken auffsteigen können / ob er auch darvon jedesmahl erschie-

erschienene Pensionen, wann ein Jahr in das andere gerechnet wird / völlig erhalten habe / cùm incertitudo suspicionem criminis usurarii etiam in foro conscientiæ protinus removeat,

Rauchbar. *part. 2. quæst. 25. n. 77.*
Vasquius Illustr. *quæst. lib. 2. q. 20. cap. 52. n. 11.*

Zumahl da er sich 4.) sothanen Verdachts dadurch sonderlich entladen / daß er nach vergeblich gethaner Interpellation der Zahlung vermittelst Obrigkeitlicher Hülffe sich zu bemächtigen Sorgsamkeit angewendet / moram autem facere non videtur, qui ad judicium provocat, 5.

L. 24. de Usuris.

& qui id, quod suum est, obtinere intendit, à malâ fide, dolo & injuriâ oppidò immunis est;

L. 55. de R. J.

Welchemnach 5.) dabey zu bleiben scheinet / daß / was etwa der Debitor hierbey erlitten / seiner eigenen Fahrläßigkeit beyzumessen / nicht aber einig Interesse von denen eingenommenen Früchten anzuheischen habe / cùm damni in puncto ejus, quod interest, non habeatur ratio, quod tempestivâ suâ curâ declinari potuit, uti notabiliter tradit 6.

Molinæus *tract. de eo quod interest. n. 64.*

Um so mehr da man auch erweget / quod usurarum exactio sit valdè odiosa, 7.

cap. 3. X. de Usuris.

& in dubio contra eam pronunciandum,

arg. *can. si quis. caus. 14. quæst. 4.*

Hierzu auch 6.) und Letzlich kombt / auch am allermeisten im Wege lieget / was Paulus mit bemercksamen Worten verzeichnet hinterlassen / fructuum usuras haudquaquam esse præstandas, in 8.

L. 15. de Usuris.
add. Carpzov. *lib. 4. Resp. 54. n. 9.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

9. Aldieweil jedoch vors Erste hierbey vornemlich zu consideriren/ daß/ wann die von Zeiten zu Zeiten eingenommene Früchten so hoch angelauffen/ daß der Creditor nicht nur davon die jährliche Zinsen/ sondern auch endlich den Haupt-Stuhl selbsten überkommen/ die nachgehends immerfort genossene Nutzungen nicht mehr jure accessionum & Interesse, sondern vielmehr sortis principalis & quidem novæ, zu achten seyen/ wie nachtrücklich und in terminis behauptet

Cothmann. *Consil. 9. n. 67. & 80. Vol. 1.*

constat autem usuras ratione sortis ex re aliena perceptæ præstandas esse,

L. 23. L. ult. C. de Usuris.

10. Allermeist da auch fürs Andere in denen gemeinen Rechten gegründet/ daß die Früchten nicht allemal pro rerum accessionibus, sondern auch pro re quâdam principali zu halten/ und davon gleichfalls usuræ entrichtet werden müssen/ allermassen beglaubt macht Papinianus in

L. 51. §. 1. vers. diversa. de hered. petit.

11. Nicht weniger auch vors Dritte accuratiores Interpretes bey dem Interesse selbsten einen genauen Unterscheid machen/ utrum primum Interesse petatur principaliter, alterum verò accessoriè, an verò utrumque accessorii vices sustineat: Ut illo casu Interesse, alterius Interesse utique exigere liceat, non verò hoc, wie dergestalten doctè & eruditè respondiret haben Helmstadienses apud

Hahnium *tit. de Usuris. n. 9. vers. Insigniter tamen. pag. mihi 79.*

auch selbigen beypflichtet

Frommann. *de Anatocismo. assert. 25.* ubi eleganter hâc de re disserit.

Nun

Nun waltet aber kein Zweiffel / daß wann das Capital abgetragen zu ſeyn befunden worden / die Uberhebung der Früchten in denen folgenden Jahren nicht mehr acceſſoriè, ſondern vielmehr principaliter & tanquam ſors anzuſehen / und nach deſſen Anſchlag darvon jährliche Penſionen abzuſtatten / cùm principale id dicatur, quod per ſe ſubſiſtit, & ſuo reſpectu à re aliâ dependentiam non habet; 12.

arg. *L. 7. §. 1. de Injuriis.*

Uber das und vors Vierdte ſich von ſelbſten findet / daß durch ſothane Entziehung und Vorenthaltung der Früchten / der Debitor in einen ſehr hoch anlauffenden Schaden ſich ſetzen laſſen muß / und dahero damnum emergens, quòd potiſſimum ejus, quod intereſt, partem conſtituit, 13.

L. 13. rem rat. haber.

offenbahr zu bemercken / damnum ſiquidem infert, qui id agit, quod facere jus non habet,

L. 151. de R. J.

& qui alteri, quod ſuum eſt, præripit, hocque ipſo cum manifeſto ejus diſpendio locupletatur, damnificare dicitur,

§. 6. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.
L. 206. de R. J.

Nun iſt aber ohnläugbar / quod is, qui damnum dat, hoc ipſum cum omni cauſa luere, & hoc modo alterum pleniſſimè indemnem ſervare teneatur,

§. 2. Inſt. de Offic. Judic.
L. 2. C. de fructib. & litium Expenſ.

In deſſen Abſicht auch zumal nicht anzuſehen / obgleich die Ubermaas der Früchten ultra alterum tantum angelauffen wäre / cùm diſpoſitio de altero tanto lege inducta officium perdat in eo caſu quo id, quod verè intereſt, petitur, 14.

L. 2. §. 8. de eo quod cert. loc.
Berlich. *part. 2. concl. 38. n. 35.*

Eben

15. Eben wenig mag vors Fünffte der Creditor à præstatione usurarum sich nicht loswürcken / obgleich lis cum debitore schon vorlängst contestata gewesen / dann obgleich sonsten fructuum post litem contestatam perceptorum usuræ haud debeantur,

L. 51. §. 1. de hered. petit.

So ergreiffet doch solches allein Platz in hereditate, quæ lite contestatâ incipit esse corpus formatum & principale, cujus intuitu fructus sunt accessiones, & proinde usuras parere nequeunt

Faber. *in Cod. lib 4. tit. 24. def. 4. n. 7.*

allhier aber bleiben die Fructus, sive ante sive post litem contestatam percepti, sors principalis, quia obligationem antea contractam prorsus extinctam esse in propatulo est, quando fructus ipsum Capitale absumpserunt,

L. 1. & 2. C. de pign. act.
L. 17. C. de Usuris.

16. Gleichwie dann durch dieses alles die Eingangs obmovirte Theoricæ, accessiones non esse accessionum & Interesse alterius Interesse non rectè peti, kräfftiglich retundiret werden / also will auch vors Sechste keinen Verfang thun / was ferner de morâ debitoris non solventis & propterea in judicium vocati eingestreuet worden / in reifer Erwegung / daß an Seiten des Debitoris Zweiffels-ohn wahrgenommen worden / es seye allschon tempore judicii suscepti der Genoß der Früchten so hoch angestiegen / daß dadurch das Capital gäntzlich abgetilget worden / wodurch gleichwie sein Seits plenaria liberatio erwachsen /

L. 26. §. 1. de cond. indeb.
d. L. 17. C. de Usuris.

Also auch ihme dadurch justitia exceptio acquiriret / Krafft deren er nothwendig ab omni morâ entschuldiget werden muß / in morâ siquidem solvendi haud existit, à quo propter exceptionem jure subnixam pecunia peti nequit,

L. 40.

L. 40. vers. non enim. de Reb. cred.

Richter. *Consil. 301. n. 18. vol. 2.*

Wordurch dann auch vors Siebende Brocardicum adducti Molinæi hintertrieben wird / dann indeme der Debitor schon vorhero durch die allzustarcke erhobene Früchten der Schuld entlediget gewesen / so hat ihme nicht imputiret werden können / warum er das Capital nicht abgetragen und gezahlet habe / solchem zu Folge rühret derjenige Schade /. so ihme durch die extincto debito erhobene Früchten zugefüget worden / nicht ex proprio sed ipsius creditoris facto her / & proinde hoc ei tantum non autem debitori nocere debet, 17.

L. 133. de R. J.

Indeme auch vors Achte dem Creditori obgelegen / den Preiß aller Jahrs-Früchten genau zu erforschen / und dabey zu überlegen / ob er nicht mehr einnehme / als die Summ der Haupt-Forderung erträget / auch nicht solchenfalls / da er sich mit einer ungeziemenden Ubermaas bestricken würde / davon Rechenschafft zu thun hätte / so mag ihme auch prætextus incertitudinis keines Weges zu statten kommen / noch er sich à malâ fide & culpâ dadurch los machen können / cùm incertitudo haud attendatur, quæ facilè ad certitudinem redigi potest, 18.

Roman. *cons. 188. in casu. n. 3. & 4.*

Und obgleich sonsten pro illiquidis mora protinus cessat, wie bezeiget 19.

Gœdd. *Consil. Marp. 28. n. 103. & seq.*

Einfolglich an Seiten des Creditoris mora zu ermangeln scheinet / weil noch ungewiß / ob sich das Capital durch die genossene Früchten abgetragen habe / so ist doch solcher Abtrag gar leicht aus denen nach und nach abgelegten Jahres-Rechnungen darzu thun / non autem est illiquidum, quod subducto calculo facilè est liquidabile,

Richter. *Cons. 32. n. 18. part. 2. vol. 1.*

cùm illud demum propriè illiquidum sit, quod altiorem indaginem desiderat,

L. ult. C. de compens.

Carpz. *part. 2. Respons. 109. n. 23.*

Nebst deme ist der Creditor zu beweisen schuldig / daß sein Capital noch in salvo seye / quia ex diuturnâ fructuum perceptione præsumitur solutio, wie in terminis erweiset

Mevius *part. 5. decis. 381.*

20. Die Usuræ sind vors Neunte und Letzte odiosæ quâ tales, können auch von denen fructibus, so als accessiones zu consideriren nicht erhoben werden. In gegenwärtigem Fall aber werden die fructus, als verum Interesse, imò tanquam sors principalis, indeme der Haupt-Stuhl erloschen / betrachtet / und sind dahero so wenig accessiones, als die Usuræ odiosæ genennet werden können.

Als ist diesem allem nach kein Zweiffel / daß der Debitor jährliche Pensionen von denen mit höchstem Unfug à Creditore nach erloschenem Capital genossenen Früchten anzuheischen / dieser aber deren Abstattung unter keinem Schein Rechtens sich entbrechen könne.

21. Es muß jedoch dieses cum grano Salis verstanden / und dabey dieses Speciale in acht genommen werden / daß nicht eines jeden Jahrs-Früchten absonderlich in sortem computiret / und darvon Pensionen zu erheben verstattet werden müsse / wie einige wollen / sondern es ist der Billigkeit / denen Rechten / und hin und wieder vorkommenden judicatis nach genung / wann von dem ersten Jahr an / da die Früchten naturam sortis an sich genommen / die Pensionen auf alle und jede nachfolgende perceptiones, so lang selbige gewähret / zu richten / und deren Genoß sich zuzueignen verstattet wird / ne aliâs hujusmodi lucra in infinitum producantur, wie mit sattem Grund bewähret / und die widrige Meynung ablehnet

Gœddeus *Consil. Marp. 28. n. 113. & 112. vol. 4.*

QUAESTIO SECUNDA.

Was die andere Frage anlangt / indeme an einem Theil cauſa damni emergentis, worauf in Supremo Cameræ Tribunali reflectiret und geſprochen wird / teſte Gailio

Lib. 2. obſerv. 6. n. 2.

berührter maſſen allhier zu befinden / am andern Theil aber die Reichs-Abſchiede / als Wegweiſer bey hochermeldtem Gericht / darmit allerdings überein kommen / wie zu ſehen ex

Receſs. Imper. *de Anno 1600. §.* Soviel nun ꝛc.

So zeiget ſich von ſelbſten / daß die bey voriger Frage behauptete Meynung mit einem Præjudicio Camerali begleitet werde / iſt auch zu einem obſiegigen Ausſchlag deſto mehr Hoffnung / weil juxta dicta die Ubermaas der Früchten auf ſortem principalem, nicht aber ſpeciem acceſſionis, ausfället.

CONSILIUM seu RESPONSUM XL.

In puncto renunciationis à Filiâ Nobili pro se & heredibus factæ; ubi quæritur: An illa pro validâ & more inter Familias Illustres consueto præstitâ nec non juratâ sit habenda, & Filiis in tantum præjudicet, ut ejus intuitu ab hereditate Patrui sint excludendi?

Uber einen von einer Adelichen Fräulein vor sich und ihre Erben gethanen Verzicht / worbey gefragt wird / ob solcher vor kräfftig / und als ein bey vornehmen Familien üblicher / auch vermittelst eines Cörperlichen Eyds bestärckten Verzicht zu achten? Ob selbiger ihren Söhnen dergestalten zum Nachtheil gereiche / daß solchen ihres Vetters Verlassenschafft dardurch entzogen werde?

An in Summariissimo Immissio ex Interdicto quorum bonorum pro illis decernenda, vel possessorium cum Petitorio cumulandum?

Ob in summariissimo die Immission ex Interdicto quorum bonorum vor selbige zu erkennen / oder das Possessorium cum Petitorio zu cumuliren?

SUMMARIA.

1. *Si Virgini renunciare volenti Curator haud detur, nec decretum Magistratus interponatur, pars essentialis cur deficiat, nihilque actum sit?* limitatur num. 15.
2. *In personis sexus fœmini cumprimis minoribus exacta requiri-*

quiritur certioratio refutatur num. 16.

3. *Ad partes Notariorum pertinet, ut sexum muliebrem de beneficiis in ipsius favorem introductis certiorem reddant.*

4. *Non parum suspectum videtur, quod omni testium suffragio destituitur.*

5. *Ubi plus periculi, ibi plenius & cautius est prospiciendum.*

6. *Filia quando maternis & fraternis bonis renunciasse haud censeatur?* vid. tamen infra num. 17.

7. *Renunciatio Filiæ corporali juramento munita omninò valida esse debet.*

8. *Idq; communi Interpretum calculo firmatur.*

9. *Pro juramenti observatione semper pronunciandum, præprimis quando jurans propositum expressè declaravit, omnibusq; beneficiis renunciavit, quod ampliatur.*

10. *Juramentum executionem paratam instar sententiæ habet, & renunciatio plus potest quam sententia.*

11. *Juramentum in quonam consistat, & quando pro completo habeatur?*

12. *Dotis perceptio & hereditatis renunciatio sunt correlata, & dispositum in uno etiam in alio dispositum censetur.*

13. *Renunciatio judicatur à causâ finali, & portio renunciata principaliter patris, per consequens verò omnium heredum emolumento cedit.*

14. *Juramentum instar validæ probationis habetur, & subscriptio robur in scripturâ expressis largitur.*

15. *Juramentum omnes solennitates supplet, eoque interposito perinde habetur, ac si omnia debito modo peracta fuissent.*

16. *Filiam renunciantem prius de aliquo certiorandum esse negatur.*

17. *Rationes dubitandi supra num. 3. 4. 5. & 6. adductæ refutantur.*

18. *Liberis contrahendo præjudicari & futura spes successionis præripi potest.* vid. tam. n. 28.

19. *Illiq; factum matris, cui successerunt, præstare tenentur.*

20. *Juramenti nexus etiam ad heredes transitorius est, iiq; obligationi inde resultanti nullatenus contravenire possunt.*

21. *In omni dispositione nil frustra*

positum esse nec fides à parentibus data temerè labefactari debet. resolvitur infra n. 29.

22. *Uniformis observantia tantæ est virtutis, ut quod hactenus factum, etiam in futurum servari debeat:* restringitur num. 30.

23. *Matris renunciatio pro se & heredibus facta haudquaquam nocet, si hi non matris sed proprio jure succedant, & quando hoc contingat.*

24. *Liberis futuris nullo modo præjudicari potest.*

25. *Renunciationes strictissimè accipi debent, & in dubio contra illas judicandum.*

26. *Quando renunciatio liberis præjudicet, & è contra evanescat.*

27. *Eaq; ex communi loquendi usu suâq; indole cur sit declaranda.*

28. *Conditione deficiente renunciatio prorsus resoluta censetur.*

29. *Dubia supra* num. 18. 19. 20. & 21. *in contrarium mota resolvuntur.*

30. *Observantia juxta naturam & qualitatem renunciationis quare sit intelligenda?*

31. *Apprehensio per Notarium & Testes facta possessionem stabilit, inque eâ possessores manutenendi, donec hæc legitimis remediis evincatur.* Refutatur num. 43.

32. *In summariissimo sola possessio, & quidem quæ est tempore motæ litis, attenditur, quod rationibus firmatur,* limitatur autem infra num. 45.

33. *Lite pendente vacantem possessionem apprehendere non licet, & quando hoc fallat?* declaratur num. 46.

34. *Possessio in heredes non transit, sed naturaliter comprehendenda est, adeò ut nec statuto fieri possit, ut possessio ipso jure heredibus acquiratur.*

35. *Remedium quorum bonorum non datur contra titulo possidentes, & quinam pro talibus habeantur?*

36. *In dubio cur contra fœminas & ex iis descendentes pronunciandum?* restringitur infra num. 48.

37. *Probatâ qualitate filiationis alteriusve propinquitatis interdicto quorum bonorum satisfactum censetur.*

38. *Quando de jure actoris per summariam causæ cognitionem constat,*

constat, de jure possessionis haud laborandum.

39. *Pro eo, qui titulum habet, pronunciari & possessio sine ullâ causâ cœpta revocari debet.*

40. *Ignoranti nil imputandum.*

41. *Ubi sine causâ præoccupata est possessio, Judex etiam ex officio parti gravatæ succurrere debet.*

42. *In tantum ut tali casu mandata sine clausulâ locum habeant.*

43. *Ubi titulus possessorii liquidus est, in solâ possessorii causâ concludi & controversia de possessione ante causam proprietatis finiri debet.*

44. *Possessio nullo titulo munita pro Legitimâ haudquaquam habetur.*

45. *Sola possessio in summariissimo tum demum attenditur, quando jura partium prorsus dubia sunt & obscura.*

46. *Non sufficit possessionem esse vacuam, sed etiam Jus commune ei suffragari debet.*

47. *Ob justitiam tituli ejus conditio melior censetur, qui ad Judicem primus provocat.*

48. *Rationes dubitandi num. 35. & 36. oppositæ refelluntur.*

SPECIES FACTI.

Es ist Grachus von Barbey ohne Leibs-Erben verstorben / und hat nebst denen Lehen-Güttern eine ansehnliche Erbschafft an Allodial-Güttern / Capitalien, Pfand und Baarschafften &c. hinterlassen / nach dessen Tod hat seines Bruders Sohns Wittib Sophia, nomine ihrer mit ihrem seel. Ehe-Herrn erzielten 3. Söhne die Possession aller Verlassenschafft / ohne daß man vorhero denen Erben ab Intestato eine Notification des tödtlichen Hintritts gethan / per Notarium & Testes apprehendiret / nachdem aber des verstorbenen Grachi leiblicher Schwester Isabellen Kinder hiervon Nachricht erhalten / haben sie sich als proximiores heredes angemeldet / und ausser denen Feudalien die Verlassenschafft gesucht / Es will aber von Seiten der Frau Wittib tutorio nomine die Apprehension und Erbschafft

schafft behauptet werden / unter dem Vorwand die Isabelle hätte gleichwie ihre beyde Schwestern bey ihrer Verheyrathung Anno 1636. eine Erb-Verzicht gethan / und vor sich selbst sowol als auch vor ihre Nachkommmen und Erben aller Vätterlichen / Mütterlichen und Brüderlichen Erbschafft sich begeben / und darauf ewiglich renunciiret / wie sothaner Verzicht in Copiâ hierbeygehend mehrern Innhalts besaget.

Nachdeme aber ohnstrittigen Rechtens / quòd proximior in gradu potior sit in jure succedendi, & remotiorem excludat, legitima enim hereditas tum proximo defertur;

per *L. 2. §. 4. ff. de suis & legit. hered.*
Novell. 118. cap. 3.

und also der Isabellæ Kinder der Sophien ihre Kinder excludiren/ über diß auch in dem Verzicht oder Renunciation anders nichts gemeldet wird / als daß die Isabella mit einem leiblichen Eyd zu GOtt nach Gewohnheit eines Weibs-Bildes geschwohren habe / alles zu halten / was in dem Verzicht enthalten ꝛc. und aber nicht gemeldet ist / wo und bey wem oder vor was Persohnen / und in quâ formâ vel quibus formalibus sie das Juramentum würcklich geschwohren / und also weder Notarius noch Zeugen oder sonst jemand benahmbst wird / der denen Rechten gemäß / sie von ihren Weiblichen Beneficien von dem vorgewesenen Verzicht / und darauf zu schwöhren habenden Juramento certioriret hätte / und de realiter corporaliter & solenniter (wie solches die Rechten erfordern) præstito Juramento Glauben machen / und Zeugnus geben thäte / man also von Seiten der Isabellen Kindern den Verzicht dergestalt nicht kräfftig achtet / daß er sie / zumahlen sie nicht jure repræsentationis, sondern proprio jure hereditatem Grachi suchen / binden könne; Als wollte man gerne Rechtlich belehret seyn;

QUÆ-

QUÆSTIO PRIMA.

Ob der angezogene Verzicht und Renunciatio vor einen würcklichen beschwohrnen Verzicht / und dergestalten kräfftig geachtet werden könne / daß hierdurch bey obigen Umständen der Isabellæ Kinder von des Grachi Erbschafft excludirt werden könten?

QVAESTIO SECUNDA.

Ob nicht in Judicio hoc summariissimo vor die Herrn Erben / als der Isabellæ Kinder / die Immissio ex Interdicto quorum bonorum erkennet werden / und würcklich beschehen müsse? und also das Possessorium cum Petitorio nicht zu cumuliren seye / viel weniger das Petitorium das Possessorium absorbiren thue oder könne?

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldten neben beygehende Facti Species samt einer Abschrifft eines gewissen Verzichts zugeschickt / und mein Rechtliches Bedencken über zwey daraus gezogene Fragen mitzutheilen erbetten worden / so habe alles mit behöriger Sorgsamkeit verlesen / reifflich erwogen / und darüber nachfolgende cum Rationibus Dubitandi & Decidendi begleitete Vorstellung mittheilen wollen.

Und zwar verfält die Erste Frage in zwey unterschiedliche Theile; Allermassen 1.) dabey vorkombt / ob der übermachte Verzicht / als ein bey vornehmen Familien üblicher und vermittelst eines Cörperlichen Eyds zu bestärcken stehender Verzicht zu achten.

2.) Ob / Falls dem also / selbiger deren Frauen Isabellen Kindern zum Nachtheil gereichen / und diesen dadurch des Grachi Verlassenschafft entzogen werden könne?

QVAESTIONIS PRIMÆ MEMBRUM PRIMUM.

SOviel nun jenen anreicht / so will es fast das Ansehen gewinnen / als wann sothanem Verzicht ein und anders entgegen stehe / und dardurch dessen Validität nicht wenig unterbrochen werde;

RATIONES DUBITANDI.

1. Allermassen 1.) daraus sich offenbar ergiebet / daß die hierbey erforderte Solennitäten / worunter auch die Interpp. diese zehlen / daß einer im ledigen Stand stehender Person ein gewisser Curator beygeordnet / mit dessen Rath und Gutbefinden die vorseyende Renunciation bewerckstelliget / und darüber ein Obrigkeitliches Decret ertheilet werde / keines Weges in acht genommen werden / si enim Virgini renunciare volenti curator haud detur, neque desuper decretum Magistratus interponatur, partem quandam essentialem deficere & eapropter nihil actum esse, juris analogiæ videtur conveniens, ne alioquin lubrico ætatis & imbecillitate sexus rebus immobilibus aliisve pretiosis temerè sese privent,

L. 1. & t. t. de reb. eor. qui. &c.
L. 22. C. de adm. tut.

& multi Dd. pro comperto habent, uti videre est apud

Kellenbenz. *tract. de renunc. success. q. 5. n. 6. seqq.*
Mynsing. *cons. 50. n. 3. 4. & seqq.*

2. Allermassen auch 2.) solcher Gestalten zu zweifflen / ob und von weme die darinnen vermeldete certioratio beneficiorum & cumprimis muliebrium würcklich geschehen und zu Werck gerichtet worden seye? In personis siquidem Sexus fœminini, præprimis si minores sint,

ſint, exacta requiritur certioratio,

L. cùm Aquiliana. 5. de Transact.

eò quod jura ignorare præſumantur,

L. regula. 9. princ. de J. & F. ignor.

& nemo juri, quod quis ſibi competere ignorat, renunciare cenſeatur,

Brunnemann. *Conſil. 98. n. 9.*

Bevorab da 4.) auch kein Notarius, ſo ſonſten in dergleichen Fällen die Rechtliche Gebühr hierbey zu beobachten hat / darzu gezogen worden / ad partes ſiquidem Notariorum potiſſimum pertinet, ut ſexum muliebrem de beneficiis in favorem ipſius introductis certiorem reddant; 3.

Gail. *lib. 2. obſ. 77. n. 7.*

Wie dann auch 4.) der damals obgeſchwebte Verzicht in Beyweſen einiger Zeugen / ohne welche doch zu einem ſo höchſt nachtheiligen Negotio der durchgehenden Obſervanz nach keines Weges geſchritten wird / zumahl nicht errichtet worden / non parum autem ſuſpicioni obnoxium videtur, quod omni teſtium ſuffragio deſtituitur, 4.

arg. *L. ult. de rit. nupt.*

Sixtin. *Conſ. Marp. 13. n. 15. vol. 1.*

Allermeiſt da 5.) Frau Iſabella den Verzicht auf alle und jede Lehn- und Erb-Gütter / fahrende und liegende / ererbte und eroberte / gegenwärtige und zukünfftige ausgeſtellet / ja nicht nur der Eltern / ſondern auch Brüdern / und aller ihrer Erben Gütter ſich begeben / und dergeſtalt alles verhofften Nutzens unfähig gemacht / bey welchen Umſtänden deſto behutſamer und mit Zuziehung eines genugſamen Beyſtands / auch wackerer und beglaubter Leute / verfahren werden müſſen / ubi enim plus periculi, ibi plenius & cautius eſt proſpiciendum; 5.

cap. ubi periculum. 3. de Elect. in 6to.

Welchem allen 6.) und Letztens ſonderlich beyſchlägt / daß / wann gleich dem Herrn Vatter bey beſchehener Aſſignation des Ehe-Gelds 6.

der Verzicht geschehen wäre / dannoch darinnen nicht zu befinden / daß auch die Mutter und Bruder wegen ihres Vermögens / darein gewilliget hätten / juris autem communis est, quòd si filia renunciaverit patri non solum hereditati paternæ, sed etiam maternæ & fraternæ, renunciatio duntaxat quoad patris hereditatem subsistat, quoad materna & fraterna bona autem hisce non consentientibus non valeat, ut cum citatis in terminis tradit

Hartmann. Pistor. *part. 4. quæst. 6. n. 41.*

RATIONES DECIDENDI.

7. DEssen allem aber / und was auf gleichmäßigen Schlag vorgeschirmet werden könnte / ungeachtet / wird mit mehrerem Grund behauptet / daß gegenwärtiger Verzicht allerdings kräfftig seye / und auf unverrücktem Fuß stehen bleibe;

Gestalt 1.) dessen klarer Buchstabe darleget / daß Frau Isabella das jenige / was sie hierinnen vorgenommen zu haben bekennet / aus freyen Willen / mittelst eines leiblichen Eyds zu GOtt / nach Gewohnheit eines Weibsbildes / beschwohren habe. Nun ist es aber an deme / daß wann eine Tochter sich mit der Heyraths-Anlage vergnügen / und ihres Vätterlichen Erb-Antheils entsetzen will / solches einig und allein nach deme hierüber geleisteten Cörperlichen Eyd abgemessen / und hierdurch mit einer solchen Authorität vinculiret werde / daß darvon sich loszuwürcken / und das Gewissen zu bestricken / kein anderes als in Rechten gegründetes Mittel übrig bleibe / wie ex notabili & decantatâ decretali in

cap. quamvis. 2. de pact. in 6to.

zu bemercken.

8. Dahero auch 2.) die Interpp. communi & conformi calculo schliessen / daß in Abstattung eines leiblichen Eyds das Wesen eines Verzichts bestehe / und wann solche vorgegangen / derselbe seine völlige

lige Krafft und Würckung erlange / hingegen aber wann solche ermangele / den jenigen / welchen der Verzicht zu gut geschehen / nicht der geringste Nutzen und Vortheil angedeyhen könne / wie nachtrücklich bezeugen

Besold. *Cons. 13. n. 30. part. 1.*
Benenckendorff. in notis ad tractat. Seraphini de Seraphinis. *de Privileg. Juram. Privileg. 21. n. 4. ubi infinitas authoritates cumulat.*

Welches allhier 3.) destomehr statt findet / indem Frau Isabella öffentlich darinnen bekennet / daß sie aus gutem freyen Willen / wolgedachtem vernünfftigem Gemüt und Sinn / ohngezwungen und ohnbetrungen / mit keinen Listen oder Gefährden hintergangen / auch wie es am kräfftigsten geschehen kan oder mag / diesen Verzicht veranstaltet / sich auch dargegen vermittelst keiner Gutthaten der Rechten Lufft zu machen / sondern vielmehr allen und jeden zu entschlagen / austrücklich vernehmen lassen / præterquam autem, quod constet, pro Juramenti religione atque observatione semper pronunciandum, 9.

cap. cum infirmitas. 13. X. de pœn. & remiss.

& jurantis conscientiam salvandam esse,

cap. cum contingat. 28. X. de jurej.

eò quod non temerè & re exactè non consideratâ quis ad juramentum venisse censeatur,

L. qui jure militari. 7. de testam. mil.

tantò magis id locum invenire debet, quando jurans mentem ac propositum expresè declaravit, liberam ejus interpositionem expressit, ejusque virtute simul omnes beneficiorum nervos explosit & exclusit, cum in his, quæ certa sunt ac indubia, non interpretationem sed veritatem atque conscientiam inspicere conveniat,

Decian. *Cons. 141. n. 7. vol. 2.*
Bald. *in Cons. 2. factum tale est. lib. 3. in fin.*

& actus tantò fortior reddatur, quando non hunc saltem, sed & renuuciationem ei additam, vinculo juramenti quis subjecit, cum hâc ratione geminatio negotii quasi inducatur, quæ enixissimam volunntatem, deliberationem atque perseverantiam post se trahit,

Cardinal. Tusch. *pract. concl. tom. 4. concl. 28.*
Richter. *part. 2. decis. 99. n. 56. & seqq.*

10. Ja da auch 4.) dieselbe sothanen Verzicht nicht minder / als wann selbiger mit einem Rechtlichen Urtheil bestättiget wäre / bestärcket / und dadurch zu verstehen gegeben / daß nun nicht mehr einiger Zweiffel dagegen erreget / sondern demselben bloßerdings und ohne einige Widerrede nachgelebet werden sollte / idque convenienter Juramenti Naturæ, quod executionem paratam instar sententiæ habet,

L. post rem. 56. de re judic.
Vultej. *Cons. Marp. 15. n. 129. vol. 1.*

Imò renunciatio plus potest, quàm sententia, cùm hæc invitum feratur, illa verò sententiam ac propositum renunciantis arguat,

can. quam periculosum. 8. causa. 7. q. 1.

11. Ob dann gleich 5.) dafür gehalten werden möchte / es seyen die Formalia sothanen Juraments / auch die Persohnen / denen solchen zum besten geschehen / eigentlich nicht beschrieben und nahmhafft gemacht / so geben sich doch jene dadurch zur Gnüge an / daß sie eines leiblichen zu GOtt geleisteten Eyds Meldung gethan / und Krafft dessen all das jenige / was sie in ihrem Verzicht-Brief der Länge nach zu verfügen gewillet gewesen / heiliglich beliebet und fest gestellet / forma enim Juramenti consistit in Invocatione Nominis Divini,

L. 6. C. de reb. cred. & jurej.

quæ si ad certum objectum certumve finem dirigatur, utique jusjurandum omni ex parte completum ostendit,

Setser. *tr. de juram. lib. 1. cap. 2.*

Diese

Diese aber finden sich von selbsten / indeme darinnen angeführet wird / es habe ihr Herr Vatter Jhro nebst gebührlichem Aussteuer auch zwey tausend Reichs-Thaler Ehe-Geld versprochen / woraus ohnschwehr zu bemercken / daß sie auch ihrem Herrn Vatter sothanen ihren Verzicht darauf geleistet und abgestattet habe / cùm dotis perceptio & hereditatis renunciatio sint correlata, ceu patet ex 12.

dict. cap. 2. de pact. in 6to.

dispositum autem in uno censetur etiam dispositum in alio,

Surdus *Cons. 140. n. 120.*
Giurba *decis. Messan. 86. n. 20.*

Worzu 6.) kombt / daß auch des Endzwecks / um deswillen die Isabella sich hierzu resolviret / Erwehnung geschehen / daß nemlich ihr Vätterlicher Stamm erhalten / und zu mehrerem Auffkommen befördert / auch dadurch der bey selbigem eingeführten Gewohnheit ein Genügen geleistet werden möchte / dùm autem ad familiæ incrementum respexit, sanè in gratiam patris & omnium ejus heredum masculorum jurasse & renunciasse censetur, renunciatio enim judicatur à causâ finali, 13.

Gœdd. *Cons. Marp. 26. n. 48.*

& portio renunciata principaliter patris per consequentiam verò & successivè omnium suorum heredum, emolumento cedit,

L. tale pactum. 40. cum seq. de pact.
Menoch. *Cons. 197. n. 73.*
Gœdd. *Cons. Marp. 26. n. 191. Vol. 3.*
Surdus *Cons. 244. n. 33.*

Gleichwie sie dann 7.) und beschließlich so gestalten Dingen nach beydes ihre Gemüts-Meynung / und auf wen sie selbige gerichtet / dargeleget / und darauf den Eydlichen Verzicht und Renunciation eingegangen / auch mit ihrer und ihres Ehe-Herrns Unterschrifft bekräfftiget / so ist solche allerdings verbündlich / obgleich kein Notarius oder Zeugen dazu gebrauchet worden / Juramentum enim instar validæ probationis habetur, 14.

L. 1.

L. 1. & t. t. de jurej.

& subscriptio firmissimum robur largitur illis, quæ quis in scripturâ expressit,

L. contractum. 17. C. de fid. instrum.
Richter. *Cons. 305. n. 20. Vol. 2.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

15. Diesem allem thun die im Eingang eingeführte Zweiffel gar keinen Eintrag / inmassen der Erste allein in renunciatione simplici, & quidem quæ fit hereditate jam delatâ, nicht aber juratâ statt findet / wie wol erkläret

Kellenb. *dict. q. 5. n. 19. & seqq.*

cùm juramentum omnes solennitates suppleat, & eo interpositæ perinde habeatur, ac si omnia debito modo debitâque formâ peracta fuissent,

Wesenb. *Cons. 23. n. 22.*
Simoncell. *de decretis. lib. 3. tit. 8. inspect. 18.*

16. Wodurch dann auch der Zweyte seine Abfertigung erlangt / filiam enim renunciantem prius de aliquo certiorandam esse benè negat & solidè evincit,

Kellenb. *d. tr. q. 4. n. 7. & seqq.*

Anjetzo nicht zu gedencken / daß zum öfftern / und sonderlich bey vornehmen Familien gebräuchlich / daß denen zum Heyrath schreitenden Töchtern durch einen gelährten Bedienten / dessen Nahmen nicht eben mit zugleich exprimiret wird / die rechtliche Befreyungen vorgehalten / und darauf alsdann von jenen der würckliche Verzicht vorgenommen werde;

17. Nicht weniger fället auch dergestalt / was beym 3. 4. und 5. Punct erreget

erreget worden / bevorab da auch in Rat. Decid. 7. gezeiget / warumb eines Notarii oder Zeugen hierbey nicht nöthig gewesen.

Was aber beym Sechsten und Letzten berühret / ergreiffet alsdann Platz / wann die Brüder allbereit ihr eigene Gütter haben / und denen zum Besten die Töchter renunciiren wollen. Eine andere Beschaffenheit hat es aber / wann die Brüder sich annoch bey dem Vatter aufhalten / und besonders annoch in jungen Jahren sind / wiewol auch der Vatter vor jene den Verzicht aufnehmen kan / wann selbige abwesend sind / und darvon keine Wissenschafft haben / wie mercklich berühret

Faber. *in Cod. lib. 2. tit. 3. def. 9. & 26.*

MEMBRUM SECUNDUM.

BEy deme dergestalt stabilirten Verzicht tringet nun auch der an- 18.
dere vorhin gleichfalls berührte Theil herfür / und geben sich auch hierbey keine geringe Schein-Gründe an;

RATIONES DUBITANDI.

UNd sonderlich 1.) daß Frau Isabella nicht ein- sondern vielmahl ihrer Erben und Erbnehmen in gegenwärtigem Verzicht Erwehnung gethan / und gleichwie ihr selbsten / also auch diesen / alle Hoffnung zu denen renunciirten Güttern abgestricket / evidentis autem juris est, quod liberis contrahendo præjudicari & futura spes successionis præripi possit;

arg. *L. ult. C. de Jur. emphyt.*

Welches dann auch 2.) ins besondere desto mehr statt findet / wann 19.
die Kinder ihrer Mutter / so den Erb-Verzicht gethan / Verlassenschafft angetretten / und deren Erbe geworden sind / cùm tralatitium sit, quòd liberi factum matris, cui successerunt, præstare teneantur,

L. 14. C. de R. Vindic.

& ita notanter tradunt

Kellenbenz. *cit. tr. q. 33. n. 46.*

Carpzov. *p. 2. const. 33. def. 12. n. ult.*

20. Wie dann 3.) nicht unbekannt / daß auch das jenige / was die Eltern beschwohren / gleichfalls deren Erben verbinde / und diesen solches zu unterbrechen keines Weges zugelassen werde / juramenti enim nexus etiam ad heredes transitorius est, iique obligationi inde resultanti, nullatenus contravenire possunt,

Seraphin. de Seraph. *de Priv. Juram. priv. 68.*

Franzk. *lib. 2. resol. 5. & 6.*

21. So wäre auch 4.) sothaner Erb-Verzicht auf die Erben vergeblich extendiret / wann dadurch denenselben nicht præjudiciret / sondern vielmehr der freye und ohngehinderte Zutritt zu denen renunciirten Güttern frey gelassen werden sollte; In omni autem dispositione frustra nil positum esse, sed omnia verba aliquid operari debent,

L. si quando. 109. de Legat. 1.

cùm nemo actum frustratorium celebrare voluisse censeatur;

Carpzov. *lib. 5. resp. 97. n. 14.*

Et sanè si in potestate eorum, quorum in pactis facta est mentio, esset, provisionem citra ipsos factam prorsus eludere, dubio procul, multa negotia optimè confecta, prorsus interciderent, & fides à parentibus data temerè labefactaretur, quod haudquaquam permittendum;

vid. *L. 83. §. 1. de V. O.*

22. Worbey 5.) und Letzlich nicht wenig verfängt / daß sothaner Verzicht sich auf eine bey dieser Familie hergebrachte Gewohnheit / Krafft deren nicht nur die renunciirende Töchter / sondern auch deren Erben jederzeit ausgeschlossen worden / beziehe / uniformis autem observantia tantæ est virtutis, ut quod hactenus factum est, etiam in futurum fieri & servari debeat;

L. non

L. non possunt. 12. & seqq. de LL.
Gœdd. *Cons. Marp. 32. n. 64. vol. 3.*

& consuetudo inveterata legi adeò æquipollet, ut formam ejus excedens legem ipsam excedere dicatur,

can. consuetudo. dist. 1.
Menoch. *de A. J. Q. lib. 2. c. 71. n. 1.*

RATIONES DECIDENDI.

Allein es wollen diese Zweiffel im geringsten nicht anreichig seyn / 25.
wann die hierbey mitunterlauffende Umbstände wohl und genau untersuchet werden. Und zwar ist hierbey sonderbahr zu bemercken / daß Frau Isabella schon eine geraume Zeit vor ihrem Bruder Gracho dieses Zeitliche gesegnet / deren Kinder aber dessen tödlichen Hintritt erlebet haben. Gleichwie dann dergestalt der Isabellen ihres Bruders Grachi Erbschafft niemals deferiret / auf welchen Fall jedoch sie einig und allein deroselben renunciiret / also ist auch durch ihren vorhero erfolgten Tod sothane ihre Renunciatio erloschen / einfolglich kan solche keines Weges Behinderung thun / daß deren Kinder mit des Grachi Erbschafft nunmehro ex propriâ personâ beerbfället werden sollten; Sanè explorati & certissimi juris est, quod matris renunciatio pro se & heredibus facta liberis haudquaquam noceat, si hi non matris, sed proprio jure succedant. Id verò contingere ajunt Interpretes communiter & unanimiter, quando filia, quæ renunciavit, ante mortem patris, vel ut hoc loco factum, soror ante mortem fratris decessit, liberi verò ejusdem supervixerunt, quia sororis non absoluta, sed conditionata fuit renunciatio, si ipsi deferatur hereditas. Ast verò hâc conditione in personâ sororis haud eveniente, utpote ante fratrem mortuâ, Juramentum matris sive sororis non nocebit heredibus, sed renunciatio oppido pro non factâ reputatur,

arg. *L. si quis. 6. de injust. rupt. & irr. fact. testam.*

Atque ita in terminis terminantibus tradunt Interpretes, & quidem

In Tractatibus

Vasquius *de success. creat. lib. 2. §. 18. requisito 29. limit. 1. num. 181.*

Covarr. *part. 3. §. 2. ad finem. & §. 3. n. 7.*

Dauth. *Requis. 6. n. 44. & lim. 15. n. 126. de pact. in 6to.*

Benenckendorff. in not. ad Seraphin. *de Juram. privil. 21. num. 19.*

In Consiliis

Wesenb. *Cons. 11. n. 3. & 14.*

Besold. *Consil. 134. n. 55. & seqq. part. 3. ubi id certissimi juris esse ait.*

Cravetta *Cons. 702.*

Richter. *Cons. 26. part. 4. Vol. 1. ubi elegantissimè hunc punctum discutit, & omnia dubia resolvit.*

Brunnemann. *Consil. 3. n. 170. & seqq.*

In Decisionibus

Köppen. *observ. 163. n. 8. & seqq.*

Richter. *decis. 69. n. 34. ubi etiam præjudicia addit.*

Hartm. Pistor. *p. 4. quæst. 7. n. 8. vers. contrarium verius. & seqq. ubi hoc problema non saltem solidissimis rationibus munit, verùm etiam notabilibus ampliationibus declarat & exhaurit.*

Quibus omnibus adjici possunt, ea quæ in notis Cameralibus novissimè expressit

Thulem. *Relat. 27. n. 195. & seqq. part. 2.*

24. Und dieses 2.) mehrers dahero / weil dergleichen Renunciationes ohnedeme der Persohn ankleben / mit derselben hinfallen / und dahero auf ihre Nachkommenen keines Weges erstrecket werden können /

L. si quis filium. 34. C. de inoff. Testam.

Aller-

Allermeist da die Kinder allererst nach der beschehenen Renunciation erzielet und gebohren worden / liberis siquidem futuris nullo modo præjudicari potest,

L. cum servus. 39. §. 4. de legat. 1.

Schurff. *conf. 30. n. 2. cent. 1.*

Nebst deme 3.) der Eigenschafft und Natur sothaner Verzichten zuwider lauffet / daß selbige auf andere Fälle und Persohnen erstrecket werden sollten / cùm enim Renunciationes sint odiosæ, jurisque quæsiti vel sperati privationem inducant, strictissimè utique accipi debent, 25.

Richter. *dict. Conf. 26. n. 5. & 6.*

Atque hinc est, quòd in dubio contra renunciationes potius quam pro iis judicandum,

Vultej. *Conf. Marp. 17. n. 58.*

quodque nec de re ad rem, neque de casu ad casum, neque de persona ad personam extendantur,

L. jubemus. 21. C. de SCt. Vellej.

Wie wollte auch 4.) der Isabellen Renunciation deren Kindern entgegen stehen können / da ihre Meynung diese allein und keine andere gewesen / daß im Fall sie ihres Bruders Grachi Todes-Fall erleben sollte / alsdann sie für sich und ihre Kinder sich dessen Erbschafft begeben haben wollte / quando enim casus in vitâ renunciantis contingit, puta quòd delata fuerit hereditas, tum renunciatio etiam liberis præjudicat, & quidem secundum ipsam renunciantis mentem, 26.

Cravetta *Conf. 129. n. 1.*

Bellon. *Conf. 15. n. 5.*

Ergò è contrariò, si talis casus non contingat, mens renunciantis prorsus cessat, & propterea renunciatio non justificatâ conditione prorsus evanescit,

L. necessariò. 8. de per. & comm. rei vend.

Roland. à Valle *Cons. 11. n. 2. & 5. Vol. 1.*

27. Mit welchem auch 5.) übereinkombt / daß die Renunciation beydes ihrem Wesen / und der gemeinen Art zu reden nach / von solchen Dingen / deren man entweder nach Belieben fähig werden kan / oder doch fähig zu werden hoffet / zu verstehen / wann aber deren beydes ermangelt / so muß nothwendig der Renunciation das jenige / womit sie umgehet / entzogen werden / Renunciatio certè ex communi usu loquendi suâque indole declaranda, cùm verisimile sit, renunciantem id sensisse, quod cum utroque convenit.

Socinus *Cons. 37. vol. 3.*

Angel. *Cons. 281. col. 3.*

Cùm itaque indoles natura & usus ad objectum vel existens vel speratum collimet, sanè in utroque defectu non potest non circa non ens versari, cujus nulla sunt prædicata, nullive effectus,

L. 4. §. 1. de act. empt.

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

28. Oblauts obmovirte Zweiffel fallen von selbsten / wann man selbige nach vorstehenden Satz-Gründen genau examiniret / angesehen die Isabella, was das erste betrifft / ihr Absehen ad casum delatæ hereditatis gerichtet / wie in Rat. Decid. 4. erwehnet worden / in deme aber derselbe in gegenwärtigem Fall sich nicht begeben / so heist es billig / quòd conditione deficiente, renunciatio prorsus resoluta censeatur;

L. 8. de peric. & comm. rei vend.

Richter. *Cons. 367. n. 5. vol. 2.*

29. Auf welchem Fall dann auch das Zweyte Moment zielet / daß / Falls die Erbschafft würcklich deferiret / alsdann auch die Kinder / so

Matri

Matri renuncianti succediret / dadurch ausgeschlossen werden müssen.

Gleiche Bewandtnus hat es auch mit dem Dritten und Vierdten Einwurff / massen der eydliche Verzicht denen Kindern zum Nachtheil gereichet / wann er auch in der Person der Mutter zum Effect gebracht / und Ihro bey Lebzeiten die Erbschafft deferiret worden ; Welchemfalls auch expressiò heredum nicht vergeblich / sondern vielmehr ihnen die Renunciatio schädlich zu seyn anfängt. Wann aber / wie allhier / sothane delatio bey Lebzeiten der Mutter nachgeblieben / so muß auch das sonsten hierdurch zu besorgen gestandene Præjudicium nachbleiben.

Was 5.) und Letztens de consuetudine & observantiâ vorkommen / ist auch gar nicht zu attendiren / massen dieselbe einig und allein juxta naturam & qualitatem renunciationis, ubi nempe adest objectum vel præsens vel futurum sive speratum, zu verstehen / cùm aliâs consuetudo esset irrationabilis, & nomen juris sive legis nequaquam mereretur, 30.

cap. 7. & ult. X. de consuetud.
Gail. *lib. 2. obs. 125. n. 113.*

QVÆSTIO PRINCIPALIS SECUNDA.

31. Indem dann solcher Gestalt erstritten / daß der von Frauen Isabellen errichtete Verzicht deren Kindern in Anheischung des Grachi Verlassenschafft keines Weges entgegen stehen könne / so will nun auch die andere Haupt-Frage zu entledigen die Nothdurfft erfordern / und zwar scheinet auch ratione Possessorii einige Schwürigkeit sich in deme zu ereignen / ob nicht vielmehr Frauen Sophien drey Söhne / als der Frauen Isabellen Kinder / sich darinnen eines obsiegigen Ausschlags zu erfreuen hätten. Und solches aus nachfolgenden Gründen.

RATIONES DUBITANDI.

Weil 1.) in Facti Specie vermeldet und eingestanden wird / es hätten ermeldte der Sophien drey Söhne die Possession aller des Grachi Verlassenschafft per Notarium & testes apprehendiret / constat autem ejuscemodi apprehensione, possessionem validissimè stabiliri & firmari,

L. prædia. 48. de acq. vel amitt. possess.

Posthius *decis. 441. decis. 467. & decis. 500.*

inque eâ possessores relinquendos & manutenendos esse, donec hæc legitimis remediis evincatur,

Besold. *cons. 171. n. 200. part. 4.*

cùm possidentis causa potior sit, pro possessore præsumatur, & cumprimis possessorium oppidò liquidum ante petitorium expediri debeat,

Besold. *cons. 246. n. 17. p. 5.*

32. Ohngehindert daß 2.) vorgeschützet werden möchte / daß sothane Apprehensio ohnrechtmäßig und zu Nachtheil der nähern Erben ab Intestato geschehen / in summariissimo siquidem sola attenditur possessio, & quidem quæ est tempore motæ litis,

§. 4. Inst. de Interd.

Posth. *tract. de manut. obs. 17. n. 2. & 3.*

cùm in hoc de facto ipso non justitiâ facti quæratur,

Mevius *part. 5. decis. 177. n. ult.*

& qualitas tituli utpote petitorium respiciens manutentionem haudquaquam sufflaminet,

Posthius *decis. 546. n. ult.*

cumprimis cum quis censeatur possidere ex titulo præambulo;

Klock. *cons. 146. n. 34. tom. 3.*

Mehrers

Mehrers anerwogen / daß 3.) der Isabellen Kinder in Abrede 33.
nicht seyn können / daß die von jenen ergrieffene Possessio allerdings vacua gewesen / und dahero mit gutem Fug und Recht wohl apprehendiret werden können / zumal da immittelst die Sache Rechtshängig gemacht zu seyn nicht referiret wird / quantumvis enim lite pendente vacantem possessionem non liceat apprehendere, sed apprehensa remedio attentatorum subjaceat,

Klock. *Cons. 7. n. 26. & 27. tom. 1.*

alia tamen est ratio, quando litem inter partes motam haud esse expeditum, cum sic apprehensioni nullum obstet impedimentum,

arg. *L. 3. §. 6. de acq. vel amitt. possess.*
Decius *Consil. 200. n. 1.*
Nevizan. *Cons. 82. n. 21.*

Auch wann gleich 4.) erwehnte Kinder gradus prærogativam 34.
für sich anführen wollten / dannoch in Possessorio solches gar nicht releviren kan noch wird / cùm possessio ad heredes non transeat, verùm naturaliter comprehendenda sit,

L. cum heredes. 23. princ. de acq. vel amitt. possess.

uti ratione notabili tuetur & stabilit JCtus in

L. si dolo. 1. §. 15. si is, qui test. lib. esse juss. est.

in tantum, ut nec statuto fieri possit, ut possessio ipso jure heredibus acquiri & obvenire debeat, ceu benè monet

Cephalus *cons. 479. n. 36. & 37. lib. 4.*

Welchem allen 5.) einen mehreren Nachtruck giebt / quòd reme- 35.
dium quorum bonorum non detur contra titulo possidentes,

arg. *L. 9. de hered. petit.*

tales autem videntur esse apprehendentes, utpote qui nomine, familiâ & consanguinitate defunctum Grachum attingunt, & eapropter pro herede vel possessore possidere nequaquam dici possunt,

 arg.

arg. *L. 2. C. quor. bonor.*

36. Zumal da 6.) favor gentis familiæ & agnationis hierbey ein grosses contribuiret / cùm enim familiæ per fœminas haud conserventur, sed potius fœmina finis familiæ suæ esse dicatur,

L. 195. in fin. de V. S.

familias autem nobiles & splendidas conservari Reipublicæ intersit,

Klock. *cons. 182. n. 148. tom. 3.*

ècontra vero splendor earum divisionibus & extenuatione bonorum valdè imminuatur,

Klock. *d. loc. n. 146.*

Sanè in dubio potius pro filiis Sophiæ, quàm liberis Isabellæ pronunciandum, cùm favorabilia latè interpretanda sint, & nihil non pro ampliandis favoribus attentari debeat,

Cap. odia. de R. J. in 6to.
Cravetta *cons. 118. n. 10. Vol. 1.*

RATIONES DECIDENDI.

37. Wiewohl aber dieses alles sehr scheinbar/so mögen doch der Sophien Söhne dadurch ihre Intention nicht durchschwingen / sondern bleibt vielmehr der Isabellen Kindern sich dißfalls remedio quorum bonorum, und andern Helffs-Mittel zu prospiciren unbenommen.

Dann 1.) ist es unläugbar / daß diese der Sipschafft nach dem Gracho näher als jene zugethan / und deßwegen rechtlicher Anleitung nach / zu sothanem Remedio allerdings qualificiret sind / ex parte siquidem actoris desideratur, ut heres proximus sit, & hereditatem adiverit, ex parte verò rei, ut bona, quæ petuntur, pro herede vel possessore possideat,

L. 1. quor. bonor. L. 1. & 2. C. eod.

Maranta

Maranta *de jud. part. 4. disp. 7. n. 21.*
Friderus *tit. quor. bonor. n. 65. & seqq.*

unde probatâ qualitate filiationis alteriusve propinquitatis satisfactum esse, dicto remedio apparet ex rescripto

d. L. 1. C. quor. bonor.

Mithin 2.) so gestalten Dingen nach deren Befügnus allerdings klar / und dahero auf die an der Gegen-Seiten ergrieffene Possession gar nicht zu reflectiren / quando enim de jure actoris per summariam causæ cognitionem constat & doceri potest, de jure possessoris planè non laborandum, 38.

Klock. *Cons. 103. n. 32. tom. 3.*

In mehrerem Betracht / daß 3.) sobald in dergleichen remedio qualitas tituli sich ergiebet und justificiret wird / dem jenigen / so sich in die Possession immittelst eingeschwungen / solche nichts vortragen könne / sondern vielmehr selbige pro non apprehensâ zu achten / und wiederumb aufzuheben / hingegen aber darinnen derjenige Theil / so mit solchen titulo verwahret / in die Gütter immittiret werden müsse / cùm id quod titulum habet concomitantem præferatur possessioni non titulatæ, & pro eo, qui titulum habet, pronunciari debeat, 39.

cap. licet causam. X. de probat.

quòdque possessio revocari debeat, quæ sine ullâ causâ ullove titulo capta reperitur, wie in terminis bewähret

Posthius *Obs. 42. n. 137. 146. & 153.*

cùm paria sint, non possidere, & sine causâ possidere,

Posth. *d. L. n. 164.*
Klock. *cons. 29. n. 485. tom. 1.*

Zumahl da auch 4.) der Isabellen Kindern hierunter einige Versäumnus / indeme sie von solcher Apprehension keine Wissenschafft gehabt / auch als nächste Anverwandten sich deren nicht versehen können / zumahl nicht beygemessen werden kan / ignorans enim non dicitur jus suum negligere vel contemnere, 40.

L. nec ignorans. 10. C. de donat.

nihilque ei potest imputari,

L. fidejussor. 29. princ. mand.

cùm ignorantia facti alieni justa semper & probabilis habeatur;

L. 2. de J. & F. ignor.

cap. 13. de R. J. in 6to.

41. Bey welchem allen und jeden Umständen auch 5.) dem Judici obliegt / denenselben hierunter ex officio die Hand zu bieten / und daß sie zu der ihnen aufgestorbenen Verlassenschafft schleunigst gelangen mögen / Vorsehung zu thun / cùm ex officio in hujusmodi causis, ubi sine causâ præoccupata est possessio, parti gravatæ succurrere debeat Judex, ceu cum Rolando probat

Thulem. *Relat. Camer. 9. n. 2.*

42. Ja es ist 6.) und Letztens an dem / daß auch mandata sine clausulâ dargegen erlanget / und mittelst deren der Genoß der Gütter erhalten werden könne /

Colleg. Argent. *tit. quorum bonor. th. 11. n. 5.*

Bevorab da auch per viam mandati ac celeris expeditionis ex interdicto quorum bonorum procedi posse, die Rechts-Lehrer wohl in acht nehmen / wie bezeuget

Friderus *de Interd. tit. quor. bonor. n. 17. & 18.*

43. Vielweniger solcher Gestalten 7.) offt-ermeldten Kindern sich in Petitorium einzulassen / oder dasselbe mit dem Possessorio zu cumuliren / gar nicht vorträglich ist / ubi enim titulus possessorii liquidus, & talis vel ex ipso ordine naturæ apparet, ibi providè ambages & difficultates litium præcaventur, inque sola possessorii causâ concluditur, cùm controversia de possessione debeat finiri ante causam proprietatis,

L. 10. C. de ord. judic.

L. 3. C. de Interd.

RESPON-

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Aus solchen Rechts-bewährten Gründen können gar leichtlich vor- 44.
stehende dubia gestürtzet werden.

Und zwar der Erste dahero / weil die sine ullo titulo ergriffene Possessio im geringsten nicht bestehen / weniger den Effect einer vollgültigen Possession ergreiffen kan / wie klar darthun

Mascard. *de probat. concl. 1179. n. 16.*
Bellonus *Consil. 10. n. 18.*
Bursatus *Cons. 60. n. 20.*

Wiewohl dann solches in Summariissimo keines Wegs angese- 45.
hen zu werden pfleget / allermassen darauf der Zweyte Einwurff zielet / so findet doch solches allein in dem Fall Platz / quando jura partium prorsus sunt dubia, incerta & obscura,

Mevius *part. 2. decis. 33. n. 7.*

Allhier aber zeiget sich an Seiten der Isabellen Kinder titulus & jure naturali & civili subnixus,

Novell. 118. cap. 3.

Aus welcher Ursach dann auch zugleich der Dritte Einwurff zer- 46.
rinnet / cùm non sufficiat, possessionem esse vacuam, sed ut etiam jus commune ei suffragetur, necesse sit, welches allhier ermangelt.

Mascard. *de probat. concl. 1194.*

Ob dann gleich auf das Vierdte zu antworten / die Possessio an 47.
und vor sich selbsten auf die Erben ipso jure nicht verfället / so veranlasset doch der in Rechten gegründete Titulus, daß man ohne eini- Weitläufftigkeit darzu gelangen könne. Dannenhero wann gleich sonsten possidentis conditio melior ist / dannoch solches nicht beobachtet / sondern vielmehr ob justitiam tituli dessen conditio melior er-

Zzzz 3 achtet

achtet wird / qui ad judicem primus provocare solet, ut docet Imp. in

§. 6. Inst. de Interd.

Daß / das Fünffte anreichend / der Sophien Söhne sollten in ge-
48 nauer Beobachtung aller vorigen Umbständen als tituli possidentes geachtet werden / solches will qualitas gentis & nominis nicht ausmachen / sondern vielmehr darauf gesehen werden / wer unter denen Angewandten der näheste befunden werde.

dict. Novell. 118. §. 3.

Wie dann auch favor familiæ solcher Gestalt anzusehen und in acht zu nehmen / wann andern in einem nähern Grad stehenden Attinenten dadurch keines Weges præjudiciret wird / wie nachtrücklich erinnert

Besold. *Cons. 263. n. 15. vol. 6.*

Wordurch auch der Sechste und letztere Zweiffel allerdings unterbrochen wird.

CONSI-

CONSILIUM ſeu RESPONSUM XLI.

DE LUCRANDA DONATIONE PROPTER NUPTIAS NEC NON NULLITATE EXAMINIS TESTIUM ET AMISSIONE ARTICULORUM PROBATORIORUM.

Weme die Widerlage zufalle / wie auch von Nullität der Zeugen-Verhör / und verlohrnen Articulis Probatoriis.

SUMMARIA.

1. *Illegalis & contra ſententiam interlocutoriam facta probatio pro nullâ reputatur, adeò ut etiam repetitio teſtium tali caſu decerni poſſit.*
2. *In Articulis Probatoriis nervus probandi conſiſtit, iisq́ amiſſis probatio dubia redditur.*
3. *Ad tempus data eo elapſo cenſentur denegata, nec de tempore ad tempus admittitur extenſio.*
4. *Conſenſus eſt ſtricti juris, neq́ à minori tempore ad majus extendi poteſt.*
5. *In omnibus diſpoſitionibus cauſa finalis inſpicienda, & ſi dubitetur de mente diſponentis, ad hanc recurrendum.*
6. *Lucrum aſſumit naturam illam, quam habet capitale, & clauſulæ acceſſoriæ interpretationem ſumunt ab eo, quod principaliter geſtum eſt.*
7. *Mens magis quàm verba attendenda, & interpretatio menti diſponentium reclamans ſedulò cavenda.*
8. *Interpretatio in quâvis diſpoſitione ſecundum eam cauſam, ob quam facta eſt, fieri debet, & affectio Conjugalis latiſſimum*

mum interpretationem recipit.

9. *Tempus non exclusionis sed demonstrationis gratiâ adjectum censetur, quando versamur in materiâ valde favorabili, quod ampliatur.*

10. *Nunquam capienda interpretatio, unde vitium contrarietatis exsurgit, ac Matrimonium res est admodum favorabilis, & in ambiguis pro dotibus respondendum.*

11. *Civile haud est casum mortemque hominis cumprimis Conjugis spectari, & omne, quod votum captandæ mortis inducit, execrabile reputatur.*

12. *Interpretatio criminum inductiva fugienda, nec scandalum aut causa perfidiæ inter Conjuges esse debet.*

13. *Dos propterea datur, ut maritus onera matrimonii sustineat, donatio verò propter nuptias invicem dotis dari solet, quæ cum toto matrimonii tempore durent, laxior interpretatio pactorum dotalium capienda.*

14. *Licet communiter verbum dubium in judicio contra rerum sit interpretandum, intuitu tamen dotis interpretatio pro illo etiam in exorbitantibus sumi debet.*

15. *Quæ certam recipiunt interpretationem exactè servari debent, & quando de meritis causæ satis constat, nullitas in processu commissa, cumprimis quando plures præsumptiones concurrunt, haud attenditur.*

16. *Ad cognoscendum an tempus sit de substantiâ vel non quidnam considerandum?*

17. *Determinatio temporis licet non laxativè sed demonstrativè expressi ad substantiam rei pertinet.*

18. *Interpretatio haud recipienda, quæ à prudentibus reprehendi potest, sed quæ juri communi magis & æquitati est consentanea.*

RESPON-

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldten die beym C. Ober-Ambt zu N. N. zwischen Jonas W. und Consorten zu R. im Gericht C. an einem und dann Elisabethen / vormals Thielmann B. nachgehends aber Philipps O. zu O. in ersagtem Gericht ehelichem Haus-Frauen so wohl im Anfang / als auch auf die von der C. Regierung eingelangte Commission und Befehl in puncto lucrandæ donationis propter nuptias fernerweit verhandelte Acta zugeschickt / und ich ein Rechtliches Urtheil sonderlich auf die Letzte abzufassen und mitzutheilen gebetten worden / so hab ich alle beyde mit behöriger Sorgsamkeit verlesen / genau erwogen / und weil befunden / daß an Seiten der Klägern der Grund ihres Suchens bloßerdings auf die vorhin der Gebühr nach nicht recht abgehörte Zeugen und zwar über die in erwehntem Gericht dißfalls übliche Observanz gesetzet worden / der Nothdurfft zu seyn erachtet / eine gründliche und rechtliche auch per Rationes Dubitandi & Decidendi begleitete Vorstellung derentwegen zu thun und zu verfügen.

RATIONES DUBITANDI.

Ob dann wohl aus denen vormals verhandelten Actis sich offen- 1.
bar ergiebet; Daß 1.) mit der im Jahr 1678. den 26.ten Martii zu N. vorgenommenen Zeugen-Verhör denen Rechten / und besonders deme den 1.ten Junii 1677. ergangenem Ober-Amts-Bescheid gemäß nicht verfahren worden / indeme keine Articuli probatorii errichtet / und dem Gegentheil ad formanda Interrogatoria communiciret / sondern bloßhin einige sogenannte Interrogatoria ex officio formiret / und die Gerichts-Schöpffen darüber eydlich abgehöret worden / illegalis autem & contra sententiam interlocutoriam facta probatio reputatur pro nullâ & non factâ,

arg. *§. 3. ibi: aut non idoneè. I. de satisd.*
Gail. *lib. 1. Observ. 105. n. 12.*

In tantum, ut etiam repetitio testium tali casu decerni & admitti possit;

Mevius *part. 3. decis. 314. n. 4. & seqq.*

2. Auch 2.) die jenige Zeugen-Sage / so im Jahr 1675. den 16.ten Aprilis vorgenommen / in deme mangelhafft / daß zwar die depositiones testium vorhanden / die Articuli aber / worauf selbige gerichtet / und ohne welche der gründliche und eigentliche Zweck und Verstand des geführten Beweißthums zumahl nicht zu erlangen / darbey nicht befindlich / quemadmodum autem in articulis probatoriis intentio & nervus probandi consistit, ita his amissis perfectè constare non potest, quid ab actore propositum, quidve ab eo probatum fuerit, eâque de causâ probatio prorsus dubia & incerta redditur, quæ vim probationis habere nequit,

cap. in præsentiâ. 8. X. de probat.

præprimis quia omnia punctualiter & plenissimè demonstrari debent;

cap. ab eo. 31. de Election. in 6to.

3. Nicht weniger 3.) so viel die Sache selbsten betrifft / die in denen Ehe-Pacten enthaltene Jahrs-Frist nicht vergeblich / sondern zu dem Ende vermeldet zu seyn scheinet / damit die angehende Ehe-Leute / wann deren eines innerhalb solcher Zeit abgienge / der Anlage sich nicht zu erfreuen habe / sondern vielmehr die nächste Attinenten darmit beerbfället werden solten / ad tempus siquidem data & restricta eô elapsô censentur denegata,

L. in emphyteuticariis. 2. C. de Jur. emphyt.

nec de tempore ad tempus admittitur extensio, cùm determinatio temporis formam rei ingrediatur,

Cephal. *Consil. 582. n. 29. & 30.*
Brunnemann. *Cons. 47. n. 4.*

&

& tempus taxatum tenuerit implementum lapso termino.

Matth. de Afflict. *decis. 73. n. 4.*

Ingleichen 4.) hierzu kombt / quod cõnsensus sit stricti juris, 4.
neque à minori tempore ad majus extendi possit,

Richter. *Consil. 106. n. 5. & 6.*

cùm eo ipso, quo definitum & minus intervallum exprimitur, indefinitum & majus exclusum censeatur,

§. præterea. 5. Inst. de inutil. stipul.

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

Alldieweil jedoch diese Sache mehr auf folgende beyde Fragen an- 5.
kombt: 1.) Ob nicht der damaligen Verlobten Will und Meynung gewesen / daß das jenige / was sie in denen Ehe-Pacten beliebet und einander versprochen / auch auf den Fall / wann eines unter ihnen nach Verfließung der bestimbten Jahrs-Frist dieses Zeitliche verlassen würde / in seinen völligen Kräfften bleiben / und dergestalten die darinnen selbigem accordirte Braut-Gifft und Gegen-Lage vollkommen angedeyen solle?

2.) Ob nicht solche Meynung auch mit denen gemeinen Rechten concertire / und aus deren Grund-Sätzen deduciret und bestärcket werden könne?

Und dann so viel die erste Frage anreicht / ausser allem Zweiffel / daß 1.) die in sothaner Ehe-Beredung / dafern nur dessen bey denen Actis liegenden Copia mit dem Original bestärcket werden kan / ausgedruckte Baarschafft und Gütter eines dem andern zu Bezeigung Ehelicher Liebe und Zuneigung beygewendet habe. So sehr nun diese mit der Zeit anwächset / und das Eheliche Band durch Erstreckung der Jahren fester und verbindlicher gemacht wird / so sehr wird auch die Be-

gierde vermehret / dem überlebenden Ehe-Consorten vor andern das jenige zu gönnen und beyzubehalten / was beyderseits mit einem so ernsthafften Nachdruck vinculiret / und selbigem erblich und eigenthumlich zugedacht worden / in omnibus siquidem dispositionibus & negotiis causa finalis, seu citra quam actum & contractum quis non erat suscepturus, inspicienda,

Everhard. *in loc. à virtute finis.*

Coler. *de Proceß. Execut. part. 3. cap. 9. n. 1. & seqq.*

in tantum, ut si dubitetur de mente disponentis, semper recurramus ad causam finalem, ex quâ mens ejus perspicuè colligi potest,

Cravetta *Consil. 245. n. 2.*

eò quòd essentiam rei det, ejusque sit principium, & pars omnium potissima,

Besold. *Cons. 14. n. 285. part. 1.*

talis autem causa tanquam matrimonii nutricula, cùm etiam ultra annum, imò toto tempore vinculi matrimonialis duret, etiam durare debet effectus, seu id, quod in pactis dotalibus conjux conjugi dedit & promisit,

can. constat. 1. quæst. 1.

Besold. *Consil. 243. n. 16.*

6. Dahero vielmehr 2.) zu schließen / daß da sie auch innerhalb Jahrs-Frist / und da die Ehe eine so kurtze Zeit gewähret / einander so wol bedencken / und mehr auf die überbleibenden Ehe-Gatten / als ihre Anverwandten das Absehen nehmen wollen / um so weniger sothane ihre Absicht unterbrochen werden solle / wann die Ehe / als das Haupt-Stück ihrem Wunsch nach / länger gestanden / der unversehene Todes-Fall aber Göttlichem Willen nach / sich später zugetragen und erfolget / neque enim verisimile est personas conjunctas, hæcce lucri nuptialis, tanquam accessorii compendia quasi peremptoria esse voluisse, cùm tamen intentio fuerit, ut principale, puta individua

dua illa vitæ consuetudo, perpetuò & toto vitæ tempore duraret, præcipuè, cùm lucrum assumat naturam illam, quam habet capitale,

L. auri statua. 2. ubi Bartol. *C. de frum. urb. Constant.*

& clausulæ accessoriæ sumant interpretationem ab eo, quod principaliter gestum est,

arg. *L. tabularum.* 2. *§. 5. testam. quemadm. aper.*
cap. 42. de R. J. in 6to.

Und würde demnach 3.) eine der Wolmeynung und Verlangen aller Ehe-Gatten zuwiderlauffende Ausdeutung seyn / wann eine so geringe Frist / und da kaum die Ehe-Gatten einander recht kennen lernen / ein so verfängliches Mittel / wodurch dem nachbleibenden Consorten die Anlage præcisè abzustricken / geachtet werden sollte / mens enim magis quàm verba attendi debet; cum mens potentior sit verbis, 7.

L. Labeo. 7. in fin. de suppell. legat.

& interpretatio menti disponentium reclamans sedulò cavenda, cum mens primum obtineat gradum & verisimilitudo maximè attendatur,

Angelus *Consil. 261. n. 4.*
Baldus *Consil. 305. verb. principio. lib. 1.*

Nicht weniger würde auch 4.) der Endzweck / in dessen Ansehung die Ehe-Gatten auf einen so reichlichen Braut-Schatz und Widerlage descendiren wollen / dardurch nicht wenig Noth leyden und unterbrochen werden / interpretatio autem in quàvis dispositione secundum eam causam, ob quam illa facta est, fieri debet, 8.

Sixtin. *Consil. Marpurg. 10. n. 88. Vol. 2.*

& interpretationum præcipua habetur, quæ causam dispositionis finalem respicit,

L. ult. de hered. instit.
Alexand. *Cons. 46. col. 3. princ. lib. 1.*

Præterea affectus conjugalis tanquam firmissimus & fortissimus labefactaretur, si ejusmodi lucrum tàm angustis terminis concluderetur, præcipuè cùm talis affectio latissimam ubivis interpretationem inducat,

L. unum ex familiâ. 67. §. ult. de legat. 2.

Socinus *cons. 37. in fin. lib. 3.*

9. Ohngehindert daß 5.) solchergestalten die Jahrs-Frist vergeblich und umsonst beygerücket seye / da doch bekannten Rechtens / quòd verba semper aliquid operari debeant,

L. ait Prætor. 3. princ. de Jurejur.

cap. si Papa. 10. in fin. de priv. in 6to.

nullumque verbum sine virtute operandi esse debeat,

Roman. *Cons. 180.*

Roland. à Valle *Cons. 55. n. 45. lib. 3.*

massen bey reifflicher Erwegung der Sachen sich findet / daß ein Ehe-Gatt den andern dardurch nicht ausschliessen sondern vielmehr zu verstehen geben wollen / daß auch alsdann / wann gleich einer unter ihnen innerhalb Jahrs-Frist durch Göttliche Verhängnus verstürbe / dannoch der andere der einmahl accordirten Anlage geniesen und fähig werden sollte / tempus enim non exclusionis verùm potius demonstrationis gratiâ adjectum censetur, quando versamur in materiâ valdè favorabili, quæque tàm arctum implicat vinculum, ut nullâ ratione nisi morte dissolvi optetur, in tali siquidem verba largius accipere solemus,

cap. ult. X. de præbend.

cap. pen. X. de V. S.

imò ab ipsâ verborum proprietate recedimus & interpretationem rei subjectæ convenientem sequimur,

Baldus *in L. ult. C. comm. divid.*

Cravetta *Consil. 732. n. 23.*

quin amplius verba nil potius operari vel pro superfluis haberi debent,

bent, quàm contra naturam actus accipi,

Wesenb. *cons. 73. n. 2. part. 2.*

Ad hæc in his, quæ demonstrationis causâ ponuntur, verba magis pro otiosis quam efficacibus habemus, ita notabiliter

Beroius *cons. 134. n. 18. cum seqq. lib. 2.*

Gesetzt aber 6.) welches doch nicht zu glauben / es hätten etwa 10
diese Ehe-Leute ihrem Thun und Stand nach dafür gehalten / daß nach verflossener Jahrs-Frist die beyderseits gethane Anlage ihre Endschafft erreichet / so müste man doch sothaner eine Contrarietät nach sich ziehender Meynung vermittelst einer rechtlichen und vernunfftmäßigen Interpretation zu Hülffe kommen / und den auf die Jahrs-Frist gesetzten Genoß auf alle folgende Jahren / und zu welcher Zeit ein Ehe-Gatt von dem andern versterbe / erstrecken. Dann was kan wol der Ehelichen Liebe und Vertraulichkeit grösseren Abbruch thun / und hingegen zu einer Kaltsinnigkeit und Mißtrauen mehreren Anlaß geben / als daß man sich bey längerer Erstreckung des Ehe-Bands / desjenigen beraubet sehen müsse / wessen man hätte habhafft werden können / wann selbiges innerhalb Jahres-Frist wäre zerrissen worden? Nunquam autem capienda interpretatio, unde vitium incompatibilitatis & contrarietatis exsurgat,

L. quoties. 12. de reb. dubiis.

L. ubi pugnantia. 188. de R. J.

Inde in casu, quo testator ad annum usque 25. alienationem vetuerat, & quidem favore agnationis, tempus illud pro perpetuo cum favor ille semper durare debeat, & alioquin contrarietas induceretur accipiendum esse, elegantissimè respondit

Cravetta *Cons. 788. n. 10.*

Et sanè si hoc in agnatione & familiâ conservandâ procedit, multo magis in matrimonio, & iis, quæ ejus intuitu dantur, locum invenire debet, cum matrimonium res sit admodum favorabilis,

cap. final. ubi Gloss. X. de Condit. appos.

cujus

cujus rationes expressit

Manzius special. in jur. Commun. voc. matrimonii favor. proœm.

& in ambiguis pro dotibus respondere melius sit,

L. in ambiguis. 85. princ. de R. J.

cumprimis cum favor dotium omnibus temporibus laxamentum legum induxerit,

L. ult. C. ad SCt. Vellej.

11. Ja wird nicht 7.) ein jeder verständiger von selbsten finden können / daß bey denen Ehe-Gatten / so dergleichen Ehe-Beredungen errichtet / eine heimliche Begierde entstehe / daß der ander innerhalb solcher Jahrs-Frist abgehen / und ihme dadurch der zugedachte Anfall zuwachsen möge; haud verò civile & naturale est casum adversamque fortunam nec non mortem citeriorem hominis, & maximè Conjugis, spectari, ceu benè monet Paulus in

L. inter. 83. §. 5. post med. de V. O.

& omne, quod votum captandæ mortis inducere potest, execrabile & damnabile reputatur,

L. ult. C. de pact.

12. Anjetzo 8.) zu geschweigen / was sonsten für gefährliche / hinterlistige und heimliche Nachstellungen eine andere widrige und harte Auslegung veranlassen und hierdurch das zu einer innerlichen Liebe das Absehen führende eheliche Band leichtlich in eine grausame und wüterische Anfeindung und Lebens-Verkürtzung verwandelt werden könne / welche mit aller Sorgsamkeit zu verhüten / und vielmehr die Ehe-Pacten durch eine convenable Interpretation zu ermildern / GOtt und das Gewissen erheischet / interpretatio autem criminum inductiva omnibus modis fugienda & averruncanda,

L. in iis. 16. de condit. & demonstrat.

Vultejus *Consf. Marp. 22. n. 59.*

cùm scandalum inter Conjuges esse non debeat, nec causa perfidiæ,

L. 2.

L. 2. C. ne fidej. dotium dentur.

ècontra ad eam interpretationem deveniendum, quâ omnis delicti ansa submovetur,

Jason. *Conf. 167. column. 4. in fin. lib. 4.*

cum in re dubia propensiores non esse conveniat, quod malo, sed quod bono esse possit;

Baldus *post Conf. 400. super. 1. punct. Column. 1. post med. lib. 4.*

Anreichend 9.) die andere Frage / so ist unstreitig und bekannt / 14:
quòd dos propterea detur, ut maritus onera matrimonii sustinere possit,

L. 7. princ.
L. 56. §. 1.
L. 75. & seq. de Jur. dot.

Donatio verò propter nuptias invicem dotis atque matrimonii dari soleat,

§. 3. Inst. de donat.
L. 20. C. de donat. ant. nupt.

Sicut autem talia onera toto matrimonii tempore durant, ita etiam conveniens est, ut anni adjecti durities gratâ laxioris temporis inductione temperetur, cùm causâ durante etiam effectum durare conveniat,

L. quò minus. 2. de fluminib.
L. maritus. 21. C. de procurat.

& interpretatio ea capienda sit, quæ cum legum intentione concordat, jurique communi consona est, licet verba id non patiantur,

L. quamvis. 11. de in jus vocand.
L. ut gradatim. 11. §. 1. de muner. & honor.
cap. cùm expediat. 29. de Elect. in 6to.

dum enim verborum proprietas nimis attenditur, plerumque sen-

ſus veritatis amittitur,

cap. propterea. 8. X. de V. S.

Idem dicendum de donatione propter nuptias, ita ut ſi dos ultra annum extendatur, & vi pactorum dotalium lucro mariti cedat, etiam donatio ejusmodi mulieris utilitati cedere, eique acquiri debeat, cùm id quod juris eſt in uno correlatorum, etiam in altero eſſe debeat,

L. 8. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt.

& maritus ac uxor eatenus pari jure utantur;

Covarruvius *in cap. Raymutius. §. 3. n. 6. de Teſtam.*

Boërius *deciſ. 48. n. 3. & 4.*

14. Nebſt deme iſt 10.) nicht weniger denen Rechten ähnlich / quod quamvis aliâs communiter verbum dubium in Judicio interpretandum ſit contra reum,

L. inter ſtipulantem. 83. §. 1. de V. O.

L. ſi quis. 66. de judiciis.

intuitu tamen dotis interpretatio pro reo convento ſumi debeat & ſoleat,

Manzius *ſpecial. in Jur. Commun. voc. dotis favor. n. 49.*

adeò ut licet eſſemus in exorbitantibus, tamen propter matrimonium & dotem fiat extenſio,

Manz. *dict. loc. proëm.*

15. Worgegen 11.) nichts verfängt / was Anfangs pro Ratione Dubitandi primâ & ſecundâ de nullitate examinis, nec non amiſſione articulorum probatoriorum, angeführet worden / anerwogen bey allen vorſtehenden einleuchtenden Motiven dergleichen Zeugen-Verhör nicht einmal nöthig geweſen / quæ enim ex natura & indole rei, ex legum ſancitis, & partium intentione facilè conſtare & liquida reddi poſſunt, ea aliunde & extrinſecus peti haud eſt neceſſe, cùm quæ certam recipiunt interpretationem, exactè ſervari, minimè verò ſub ſpecie arctioris ſermonis mutari & inverti debeant,

L. mini-

L. minimè. 23. de R. J.
L. quod si nolit. 31. §. 20. de ædil. edict.

quò porrò facit, quòd quando de meritis causæ satis constat, nullitas in processu commissa haud attendatur,

Ordinat. Camer. *part. 3. tit. 34. §. 1.*
Mynsing. *cent. 1. observ. 27.*

Accedit, quod juxta prædeductæ multæ & evidentes præsumptiones tàm hominis quàm juris concurrant, quæ plenissimam probationem inducere solent, ceu multis adductis probat

Sixtinus *Consil. Marpurg. 11. n. 89. vol. 2.*
add. Cravetta *Consil. 369. n. 24. & Consil. 350. n. 18.*

Ut taceamus non minus id ex legibus descendere, quod ex sententiâ, mente & interpretatione earum elicitur, quàm quod ex verbis earum apparet,

L. 6. §. 1. de V. S.

Eben wenig thut 12.) der dritte Zweiffel einigen Eintrag / indeme 16.
schon sub Ratione Decidendi 5. bewähret worden / quod tempus præsenti in casu non sumatur exclusivè, verum demonstrativè: So ist auch wohl in obacht zu nehmen / quòd anni adjectio ad formam pactorum dotalium haud pertineat, eò quòd dos & donatio propter nuptias inibi constituta & promissa in conjugali affectione & amore radicetur: Ast verò talis amor non anni ambitu concluditur, sed tanquam fundamentum & anima matrimonii toto ejus tempore adesse & durare debet, ceu jam antea monitum: Ad cognoscendum enim, an tempus sit de substantiâ, vel non, consideratur, an actus, de quo quæritur, ita valeat uno tempore, sicut alio, & non est de substantia, uti eruditè, solidè & pertinenter ingeminat

Cardinal. Tusch. *pract. conclus. tom. 8. lit. T. conclus. 35. n. 13.*

Wordurch dann auch 13.) die Vierdte Obmotion gestürtzet wird/ 17.
massen der angezogene Richterus solche allein inter Rationes Dubitandi

tandi führet / überdas auch temporis determinatio ad substantiam rei alsdann gehöret / wann tempus taxativè, nicht aber demonstrativè exprimiret wird / wie alleweil gezeiget worden.

18. Bey welcher der Sachen Bewandtnus 14.) und beschließlich gar ohnschwehr abzunehmen / daß ein grosser Abgang beydes von dem Will und Meynung der beyden Ehe-Consorten, und dann auch der gemeinen Rechten ex adverso genommen werde / wann von selbigem bestritten werden will / daß die in denen Ehe-Pacten beyderseits zugedachte Lucra Nuptialia durch Ablauff der Jahres-Frist ihre völlige Endschafft erreichet hätten / allermassen solche Auslegung um so weniger zu dulten und gut zu heissen / da die Rechts-Lehrer durchgehends bestärcken / interpretationem haudquaquam esse recipiendam, quæ à Prudentibus reprehendi possit,

Cravetta *cons. 547. n. 12.*
Bursatus *cons. 176. n. 20. lib. 2.*
Consil. Argent. 110. n. 75. Vol. 1.

Da hingegen denen Rechten ähnlich / eam esse amplectendam, quæ juri communi magis est consentanea,

L. si stipulatus. 4. in princ. de Usur.

casum necessarium comprehendit,

L. in his. 5. §. 2. vers. sed & si fortè. de solut.

& cum æquitate, ratione, nec non affectione conjugali maximè conspirat;

Cravetta *consil. 70. n. 4.*

So ist es an deme / daß Philips O. Ehe-Weib zu O. als Beklagtin bey all dem jenigen / was ihr vormahliger Ehe-Mann Ihro in denen unter ihnen errichteten Ehe-Pacten zugedacht / zu lassen und zu handhaben / Jonas W. und Consorten zu R. im Gericht C. als Kläger aber mit ihren einbrachten und sub n. 3. befindlichen Articulis Reprobatoriis, zumal da auch schon vorlängst diese Sache durch Bescheid abgethan / der Kläger auch durch Verabsaumung der Appellation

solchen

solchen seine Rechts-Krafft erreichen lassen; Uberdiß auch / wann er gleich appelliret hätte / dannoch bey allen bißhero dargelegten Gründen darmit nichts ausrichten können / allerdings ab- und zur Ruhe zu verweisen / dißfalls auch nachfolgender massen zu erkennen und auszusprechen seye.

Bescheid.

In Commissions-Sachen / Jonas W. und Consorten zu R. Impetranten an einem / entgegen und wider Thilemann B. S. hinterbliebene Wittwe / modò Philipps O. zu O. Ehe-Weib Impetraten am andern Theil / eine in Actis benahmste / und unter denen Partheyen strittige Widerlage betreffend / werden die vom Impetranten eingebrachte / und sub num. 3. Actorum commissionis anliegende Articuli Reprobatorii nicht angenommen / sondern auf alle hinc inde fernerweit übergebene schrifftliche Handlungen / und darauf erfolgte Submission hiermit zu Recht erkannt; Daß die Beklagtin von der gegen sie abermal ergrieffenen und angestellten Klage allerdings zu absolviren / und sie bey derjenigen Widerlage / welche ernannter ihr voriger Ehe-Mann Thielemann B. nach Anleitung der im Jahr 1665. den 13.ten Januarii zwischen ihnen beyden Ehe-Leuten errichteten Ehe-Beredung Ihro beygeleget und zugeeignet / nach wie vor zu lassen / auch sie dergestalten bey dem den 25. Junii im Jahr 1678. ergangenem / und in rem judicatam erwachsenen Ober-Ambts-Bescheid kräfftiglich zu handhaben. Allermassen dann hiesiges C. Ober-Ambt Krafft der von C. Regierung habenden Commission die Beklagtin von sothaner fernerweiten Klage hiermit allerdings absolviret / sie bey der Ihro beygelegten und zugeeigneten Widerlage / jedoch daß sie die in vermeldten Ehe-Pacten Ihro aufgebürdete hundert Gulden ersagten ihres vorigen Ehe-Manns nächsten Freunden zum völligen Abstand der Gebühr abtrage / nach wie vor lässet / auch dergestalten sie bey benannten Ober-Ambts-Bescheid kräfftiglich handhabet / jedoch denen Klägern / Falls

sie anderwärts als aus denen Ehe-Pacten einen Anspruch an die Beklagten zu haben vermeynen / solchen allhier ausfündig zu machen nochmals vorbehält / die bey dieser Commissions-Sachen angewendete Unkosten aber / aus hierzu bewegenden Ursachen compensiret und vergleichet / von Rechtswegen.

CONSILIUM seu RESPONSUM *XLII.*

An Parentes duas Quartas Legitimam & Trebellianicam de jure deducere valeant?

Ob auch denen Eltern von ihrer Kinder Verlassenschafft zwey Quartæ von Rechtswegen gebühren?

SUMMARIA.

1. *An detractio duplicis Quartæ Ascendentibus competat disquiritur.*
2. *Constitutiones Pontificiæ* in cap. 16. & 18. X. de Testam. *de Filiis duntaxat loquitur, & tanquam correctoriæ non extensioni sed restrictioni subjacent. Inter ascendentes & descendentes magna intercedit differentia.*
3. *Ascendentes præsertim non purè sed sub certâ conditione gravati unam Quartam in alteram imputare tenentur.*
4. *Restitutione purè Heredi impositâ debitum Legitimæ & Trebellianicæ statim existit conditione verò eidem adjectâ exactio Legitimæ illicò competit, Trebellianicæ autem in suspenso manet.*
5. *Quando Testator seipsum declarat, aliâ declaratione opus non est. In quæstionibus Juris propria in quæstionibus facti autem vulgaris & abusiva significatio attenditur, & quando*

hoc

hoc fallat?

6. *Trebellianica tacitè prohibita censetur, inq; reliquis bonis nil plus prætendere potest heres, si Testator certæ tantum quantitatis detractionem permisit.*

7. *Dictio universalis* OMNIS *nil excludit præsertim quando insuper verba:* wie das immer Nahmen haben möge / *adjecta.*

8. *Jura apertè disponentia & publica authoritate recepta haudquaquam evertenda, sed convenienti potius interpretatione adjuvanda, quod ampliatur.*

9. *Leges non tàm ex verbis & casu quàm justâ potius ratione dijudicanda, rationis autem identitas in ascendentibus æquè ut descendentibus militat.*

10. *Ascendentibus duas Quartas deberi contra dissentientes evincitur.*

11. *Jus correctorium quando extensionem patiatur. Parentibus cur janua ad successionem in bonis liberorum laxanda?*

12. *Et duarum Quartarum deductio haud deneganda?*

13. *Interpretatio absurditatis consecutiva haud admittenda.*

14. *Quando Lex ex diversis causis duas Quartas alicui defert, ex unâ causâ detractum in alteram acceptum fieri non debet.*

15. *Hæcque sententia non saltem communis sed in Tribunalibus etiam est recepta.*

16. *Quando contra verisimilitudinem tale quid probatur, quo præsumptio voluntatis Testatoris tollitur, validum inde argumentum peti nequit.*

17. *Trebellianica non aliter impeditur, quam si ejus detractionem Testator expreßè prohibuit, adeo ut verba æquipollentia non admittantur.*

18. *Ignorantia Juris non in omnibus sed quibusdam saltem casibus mulieri condonatur.*

SPECIES

SPECIES FACTI.

DEmnach Eleonora Peter E. Burgers und Kramers zu G. Eheliche Haußfrau vermög eines mit ihrem Ehe-Mann den 24. Januarii Anno 1684. aufgerichteten / und in Copiâ beygefügten Testaments ihren Vatter Johann Jost S. Bürgern und Seylern daselbsten zum Erben in Quadrante universi sui patrimonii tanquam Legitimâ instituiret / alles übrige aber / wie es immer Namen haben möchte / ihrem Ehe-Vogt legiret / forters darauf im nächstvorigen Jahr ohne Hinterlassung einiger Leibs-Erben dieses Zeitliche gesegnet / als hat facta testamenti publicatione bey ihrem Vatter / so nebst dem Ehe-Vogt Peter E. ihren tödtlichen Hintritt erlebet / dieser Zweifel entstehen wollen / ob ihme von sothaner seiner Tochter Verlassenschafft nicht allein Legitimam, worinnen er instituiret / sondern auch Trebellianicam von Rechtswegen abzuziehen zukomme und erlaubet seye?

RESPONSUM.

1. DIesem Zweiffel nun vermittelst rechtlicher und gründlicher Untersuchung völlig abzuhelffen / so wollen zwar verschiedene Rechts-Lehrer die Meynung behaupten / daß nicht allein insgemein detractio duplicis Quartæ unzuläßig /

Hottomann. *quæst. illustr. cap. 37.*
Ambros. le Gauffre. *tit. X. de Testam. in fine.*

sondern auch besonders & in specie denen Ascendentibus keines Weges zu verstatten seye /

Anthon. de Padilla *ad Auth. res, quæ subjacent. C. comm. de legat. n. 36. p. m. 474.*
Peregrin. *de Fideicomm. art. 3. n. 53. ubi plures allegat, sibiq; hanc opinionem magis arridere ait.*

Bocc-

Bocerus *ad tit. Inst. de fideicomm. hered. n. 119. qui sententiam hanc veriorem pronunciat.*

In mehrerer Erwegung / quòd Constitutiones Pontificiæ *in cap. 16. & 18. X. de Testam.* de Filiis duntaxat loquantur, & tanquam Correctoriæ non extensioni sed restrictioni subjaceant; 2.

arg. *L. ult. C. de temp. in integr. restit.*

quicquid enim lege novâ non expressum, id Veterum Legum Constitutionumque Regulis relictum intelligatur,

L. 32. in fin. C. de appell.

præterea etiam magna inter ascendentes & descendentes intercedat differentia, ceu multas cumulat & ingeminat

Peregrin. *dict. tr. art. 49. n. 44. & seqq.*

adeò, ut etiam illos facilius à Legitima excludi posse existimet;

Vinnius *ad §. 3. Inst. de inoff. Testam. n. 3.*

Dannenhero auch viele dahin zielen / quòd ascendentes unam Quartam in alteram imputare teneantur; wie solche der Länge nach / und deren Gründe anführet 3.

Merlin. *tr. de Legit. lib. 2. tit. 2. quæst. 31. n. 1. & 2.*

Bevorab wann selbige bloß und purè, nicht aber auf gewisse Condition graviret worden / welches auch auf die Söhne zielet und deutet

Menoch. *de A. J. Q. lib. 2. cent. 3. cas. 256. n. 35.*

Und zwar beydes dem Ansehen nach nicht ohne Grund restitutione 4. siquidem purè heredi impositâ debitum Legitimæ & Trebellianicæ statim existit & concurrit, ac proinde unum in alterum imputatur. Conditione verò eidem adjectâ exactio Legitimæ illicò competit, Trebellianicæ verò usque ad conditionis existentiam in suspenso manet & relinquitur;

Gloss. *in L. 10. C. ad L. Falcid.*

Philipp. II. *Ecl. 98. n. 6. & seqq.*

dispositio enim modificata nonnisi modo impleto verificatur,

L. 34. §. 1. de cond. & demonstr.

& ex qualitate adjectâ cognosci potest, quando effectum habere debeat dispositio,

Gœdd. *1. Cons. Marp. 26. n. 268.*

Woraus dann probabiliter abzunehmen / es seye keines Weges zuzulassen / quòd nulla idonea hujus distinctionis ratio reddi possit, in welcher Meynung doch stehet

Rittershus. *de diff. jur. Civil. & Canon. Lib. 4. cap. 9. vers. quamvis nulla.*

5. Und dieses alles um so vielmehr / weil dasjenige / was anitzo circa quæstionem juris angeführet worden / durch die aus ersagtem Testament zugleich entspringende Quæstionem Facti, und was dißfalls die Testatrix gewollt und disponirt habe / nicht wenig bestärcket wird / gestalten selbige ihren Vatter einig und allein in Legitimâ instituiret / alles übrige aber ihrer Verlassenschafft / wie das immer Nahmen haben möchte / ihrem lieben Ehe-Vogt als ein Legatum überlassen hat / quo ipso enixam satis & apertam voluntatem declarasse videtur, ut pater Legitimâ illâ contentus, à Trebellianicâ verò exclusus esse debeat, cum enim Testatrix seipsam declarat, aliâ declaratione opus non est,

Sixtin. *2. Cons. Marp. 21. n. 80.*

& quod ea expresè non addidit, addere tamen potuisset, *noluisse* censetur,

cap. 2. vers. unde si. X. de translat. prælat.

Quantumvis enim in quæstionibus juris propria tantummodo significatio attendatur,

arg. *L. 41. §. 5. de Legat. 3.*

in quæstionibus autem facti vulgaris & abusiva, cum testatores plerumque abusivè loqui soleant,

L. 69. §. 1. de Legat. 3.
L. 3. §. 5. de sup. Legat.

id tamen quoad has fallit, quando usus proprius testatoris voluntatem apertè designat, isque non ambiguè, sed perspicuè locutus est ac disposuit,

L. 50. §. 3.
L. 75. L. 99. pr. de Legat. 3.
L. 9. §. 1. de trit. vin. vel ol. Legat.

clarè autem satis & perspicuè Testatrix hoc casu locuta censetur, dum voce Legitimæ usa est, utpote quæ â Trebellianicâ diversa est, eique contradistinguitur;

Nov. 1. præfat. ibi: tanquam hoc secundum ipsam naturam.
junct. §. 6. ibi: perinde liceret quartam partem. I. de fideic. hered.

& sanè si testatrix ante obitum eâ de re interrogata fuisset, dubio procul nil aliud, quam quod ad patrem solam Legitimam, non vero insuper Trebellianicam pervenire voluerit, respondisset. Sicut autem in reliquis dispositionibus, ita maximè in testamentis pro disposito id habetur, quod Disponens vel Testator interrogatus verisimiliter disposuisset;

Vincent. Caroc. *decis. 16. n. 7.*
Klock. *tom. 3. cons. 182. n. 555. ubi uterq; plura hanc in rem adducit.*

& in conjiciendo ultimo elogio verisimilitudo utramque paginam facit;

L. 24. de reb. dub.

evidentiâ itaque verborum & mentis hoc loco concurrente alia interpretatio & voluntatis conjectura admitti nequit,

L. 4. de Legat. 1.

quin potius verba contra eum interpretanda, qui in iis fundamentum quærit;

Honded. *voc. 1. cons. 79. n. 19. & 23.*

Zumahl da auch bekannten Rechtens / quod Trebellianica tacitè pro- 6.

 hibita

hibita censeatur, inque reliquis bonis nil plus prætendere possit heres, si Testator certæ tantum quantitatis detractionem permisit, ceu in terminis tradit

Merlin. *d. tr. de Leg. lib. 1. tit. 3. quæst. 1. n. 31.*

7. Deme dann auch verba collectiva & universalia institutioni in Legitima opposita & pro marito adjecta: daß alles übrige / wie das immer Nahmen haben mögte / dem Ehe-Vogt legiret seyn sollte / keinen geringen Beyschlag thut / præterquam enim quod dictio universalis OMNIS in actibus humanis nil prorsus excludat,

Richter. *vol. 2. conf. 291. n. 4.*

tantæque sit potentiæ ac virtutis, ut etiam id tollat, quod aliâs jure est dispositum,

Klock. *tom. 3. conf. 102. n. 31.*

etiam vis ejus per verba subsequentia, Wie das immer Nahmen haben möge / singulariter augetur, & simul indicatur, nihilomnino, quod modo præter Legitimam in viribus patrimonii reperitur, à Legato relicto exemptum esse debere, latissimè siquidem talia verba patent, adeòque omnia comprehendunt, quæcunque dici aut excogitari poterunt,

Cravetta *conf. 357. n. 27.*

imò ad ignorata quoque extenduntur & trahuntur;

Idem *conf. 415. n. 21. & conf. 680. n. 6.*

8. Diesem allem doch ohngeachtet / so wird sich aus aller und jeder Gründen Widerlegung klar befinden / daß sothane Meynung dardurch mit nichten zu erhärten / sondern vielmehr die widrige mit besseren Motiven unterstützet / und dahero pro detractione duarum Quartarum etiam ex parte ascendentium nicht ohnbillig zu sprechen;

Allermassen soviel Erstlich erwehnte Detraction insgemein betrifft / ist selbige in denen ex Jure Canonico im Eingang angeführten Constitutionibus dergestalten klar und offenbar gegründet / daß dar-

gegen mehr vergeblich als nützlich etwas eingestreuet wird. Jura siquidem apertè disponentia & publicâ authoritate recepta nullâ ratione evertenda, sed convenienti potius interpretatione adjuvanda, cum JCto haud conveniat, neque liberum sit, de Legibus judicare, sed potius secundum eas, ut graviter dicitur,

in can. 2. in fin. dist. 4.

Add. Tabor. Barbos. *locuplet. lib. 3. cap. 69. axiom. 5. & seqq.*

Richter. *ad cap. 29. X. de Testib. n. 66.*

Unde etiam inter eos, qui hodiè nobilissimum Jurisprudentiæ studium valdè corrumpunt, vitiant ac depravant, illos quoque, qui malunt disputare de Legibus, quam juxta eas agere, quique jus dubium omnibus facere videntur, ipsi de eo nunquam certi, justo refert invectivo,

Mevius *prodrom. Jurispr. Gent. comm. inspect. 9. th. 23. n. 4.*

Cùm enim bono, cordato ac prudenti Interpreti authoritatem Legislatoris respicere, & præterita, futura ac præsentia perpendere conveniat;

Feltmann. ad *L. 2. §. 5. de O. J. n. 2.*

Sanè non debet sacra Legum Oracula ausu inglorio castigare, iisque manum Criticam adhibere; Quâ de causâ honestissimam Legum faciem à nonnullis malè & inclementer attritam esse, ut neque deformare magis potuissent vel ipsæ Harpygæ, quodque plures sint Correctores, quam Interpretes, conqueritur,

Riccius *Vindic. juris in dedic.*

Wie dann die vom Hottomanno nacheinander angeführte Gründe wohl und zur Gnüge ablehnet

Fachinæus *lib. 2. controv. cap. 2.*

Deme dann nachfolget

Martinus *singular. Jur. ad cap. 16. X. de Testam. ubi totum Quartarum problema fusè & eleganter investigat ac delineat.*

9. Belangend fürs Ander die Ascendentes, so ist es an deme / quòd Leges non tàm ex verbis & casu, quàm potius justâ ratione, utpote in quâ viscera legum resident, metiendæ ac dijudicandæ sint;

can. ult. dist. 9.
L. 65. §. ult. de R.V.
arg. *L. 3. de extraord. cognit.*

Rationis autem similitudo ac identitas, cùm in ascendentibus æquè ut in descendentibus militet, merito quoque identitatem juris atque dispositionis operari debet,

L. 32. ad L. Aquil.

æquipollentium enim est eadem disciplina,

Everhard. *in Topic. loco ab æquipoll. n. 2.*

& de similibus idem est judicium,

cap. 4. X. de Stat. monach.

10. Dannenhero daß in Ansehung dieses unwidertreiblichen Grunds denen Ascendentibus zwey Quartæ gebühren / und denen Worten gedachter Constitutionen nicht blos zu inhæriren seye / austrücklich bemercken

Vasquius *tract. de Success. tom. 2. lib. 3. §. 26. n. 36.*
Paschalis *de patr. potest. part. 2. c. 4. n. 147.*
Tabor. *Relat. Argent. 96. n. 11. quæst. 8.*
Merlin. *de Legitim. Lib. 1. tit. 3. quæst. 4. n. 14.*
Martin. *ad dict. cap. 16. pag. m. 151. vers. 4. ampliatur conclusio.*
Manz. *de Testam. tit. 12. quæst. 58. n. 9.*
Richter. *decis. 52. in fin.*
Mevius *part. 7. decis. 19.*

Deme dann auch der vorhin angeführte Peregrinus de priori suâ opinione dubitans ac vacillans selbsten beyfallen muß / indeme er in fin. numeri antea citati nachfolgende Worte setzet: Uniformis tamen videtur ratio in Ascendentibus, prout in Descendentibus, ac ideò melius cogitandum.

So ist auch Drittens wohl in acht zu nehmen / quod jus correctorium patiatur extensionem, quando connexitatem necessariam cum personis, rebus & causis similibus habet. 11.

arg. *Nov. 115. cap. 3. & 4.*

Itemque quando correctio facta in uno Correlatorum, & casus non expressus est æquè favorabilis;

Merlin. *d. tr. lib. 3. tit. 1. quæst. 37. n. 8.*

Imò quando majoritas rationis in casu corrigendo subest, cum hâc ratione extensio non sit activa hominis, sed passiva authoritate legis nitens, ut traditur

Everhard. à Middelburg. *in Synops. locor. legal. loc. à Correctoriis.*

non enim parentibus amor saltem atque reverentia, quam ipsis debent liberi, verùm etiam molestissimum educationis atque alimentationis onus aliaque innumera, quæ in dies exhibuerunt beneficia, januam ad successionem in bonis liberorum laxant. Unde qui nunc filiis sunt, debent studere parentum animos sanare, quia & ipsi Parentes fieri desiderant, & à filiis suis optant honorari, ait appositè Imperator in

Nov. 115. cap. 5. princ.

Add. Puffendorf. *de Jure Natur. & Gent. lib. 4. cap. 11. §. 13.*

Woraus dann ferner und zum Vierdten erscheinet / daß dißfalls kein Unterscheid inter Ascendentes & Descendentes zu machen / cum enim fundamentum successionis parentibus debitæ in pietate ac reverentia resideat, 12.

L. 15. princ. de inoff. testam.

hæc autem iisdem inviolabiter exhiberi & præstari debeat, etiam successio ipsa & duarum Quartarum detractio à Jure propterea formata & introducta iisdem denegari nequit;

Merlin. *de Legit. lib. 1. tit. 3. quæst. 4. n. 14.*

Parentes itaque à Legitimâ haud excludi posse, quilibet nullo negotio deprehendit, statutumque iisdem Legitimam in totum aufe-

rens

rens meritò pro irrationabili reputandum.

Beron. *ad cap. Raynutius. n. 228. vers. contraria opinio.*
Mynsing. *cent. 6. obs. 44. n. 3. & 4.*

licet operosè magis, quàm solidè pro contrariâ sententiâ tàm in Ascendentibus, quam Descendentibus militet;

Vasquius *tr. de success. tom. 1. lib. 2. §. 20. n. 293. & mult. seqq.*

13. Wie wenig auch zum Fünfften bestehen könne / daß die Ascendentes eine Quartam für die andere zu rechnen schuldig seyn sollten / besteiffen nicht allein jetzt angeführte Momenta, sondern auch sonderlich dieses / daß widrigen Falls nicht ohne grosse Absurdität folgen würde / es könnten die Eltern von denen Kindern / wann jene mit einem Fideicommisso beschwehret / und ihnen allein Trebellianicam abzuziehen verstattet würde / à Legitimâ gäntzlich ausgeschlossen werden / ja es hätten auch die heredes extranei vor denen Eltern einen zimlichen Vorzug / weil selbige jederzeit Trebellianicam à Fideicommissis abziehen können / wie wol bemercket

Merlin. *d. lib. 2. tit. 2. quæst. 31. n. 3. & 4.*

Nunquam autem interpretatio & assertio absurditatis consecutiva admittenda, cùm ea, quæ à ratione naturali deflectunt & inconveniens aliquod aut in humanum implicant, oppidò falsa ac inepta, eorundem contraria autem semper vera sint, per tradita

Klockii *tom. 3. cons. 182. n. 386. & seq.*

14. Und thut Sechstens sothaner Imputation geringe Beyhülff / daß die Testatrix über ihre Verlassenschafft bloßer Ding und purè disponiret / in keinem Stück aber einige Bedingung angehängt und vermeldet habe / massen daß der von einigen Dd. hierbey gemachte / und vorhin berührte Unterscheid allerdings ungegründet seye / ist dahero zu ersehen / weil bey diesen beyden Portionibus Legitima & Trebellianica nicht auf die Zeit / wann selbige abzustatten / sondern allein auf die Ursach / woher solche entspringen / zu sehen: Nun kombt aber

denen

denen Ascendentibus Legitima zu ex debito naturali pietatis nempè & reverentiæ, Trebellianica aber ex dispositione Legis Civilis, dannenhero eine durch die andere keines Weges aufgehoben / sondern vielmehr beyde zugleich gefordert werden können ; Quando enim Lex ex diversis causis duas Quartas alicui defert, tum ex unâ causâ detractum ex aliâ causâ detractum dici nequit, nec in alteram causam acceptum fieri debet; Atqui Lex ex diversis causis Legitimæ & Trebellianicæ detractionem permittit, Legitimam filio ut filio, Trebellianicam verò non ut filio, sed ut heredi permittit; Ergò detractum nomine dici nequit, ceu accommodatè loquitur

Martin. *ad dict. cap. Raynutius. pag. m. 150. ubi plures differentias subjungit.*

Hierzu kombt zum Siebenden / quod sententia Ascendentibus duplicis Quartæ detractionem permittens non saltem sit magis communis, teste 15.

Merlin. *d. lib. 2. tit. 2. quæst. 31. n. 2.*

Verum etiam in omnibus ferè Tribunalibus recepta, uti casu in terminis proposito non saltem comprobat, verum etiam ex Consilio JCtorum Lipsiensium in primâ Instantiâ ita decisum, & sententiam inibi latam in Judicio appellatorio confirmatam esse refert

Mevius *cit. part. 7. decis. 19.*

Ob nun wohl Achtens / soviel ersagte quæstionem facti betrifft / 16.
verisimilis Testatoris voluntas & prohibitio, quæ non solùm ex verbis collectivis & universalibus verùm etiam ex certæ portionis detractione heredi duntaxat permissâ, colligi possit, angezogen / und dardurch vorgesetzte Rechtliche Entscheidung angefochten werden mögte / so kan doch selbige und alle dißfalls angezogene jura & Dd. allhier nichts verfangen / noch dem heredi in petendâ Trebellianicâ die geringste Hinderung thun / quando enim contra verisimilitudinem adducitur & probatur tale quid, quo hujusmodi præsumptio tollatur & enervetur, validum inde argumentum peti nequit,

Everhard. à Middelburg. *Synops. loc. Legal. loco à verisimili.*

17. Es zeuget aber der klare Buchstabliche Innhalt des beygefügtem Testaments / daß die Testatrix die Trebellianicam keines Weges verbotten / noch ihren Vatter mit ausdrücklichen Worten darvon ausgeschlossen habe / cùm tamen certi & indubitati juris sit, Trebellianicam non aliter impediri & tolli, quàm si ejus detractionem Testator expresse prohibuerit, wie solches nicht unklar zu verstehen ex

Novell. 1. cap. 2. §. 2. vers. si verò expressim. junct. L. 1. §. 19. ad SCt. Trebell.

in tantum, ut verba æquipollentia, veluti ut integra Legata præstari debeant, non admittantur;

Carpzov. *part. 3. const. 1. def. 13.*
Richter. *ad Auth. sed cum Testator. C. ad L. Falcid. num. 13. & seqq.*

Sicut enim aliâs ex veriori sententiâ descendentibus tam primi quam ulterioris gradus Trebellianica prohiberi potest, cum in hâc non tanquam liberi, sed ut quivis gravati considerentur, nihilque in contrarium quoad ipsos constitutum reperiatur;

Menoch. *lib. 3. cons. 272.*
Merenda *lib. 4. contr. cap. 15.*
Marc. Anton. de Amatis *decis. 10. ubi latissimè & elegantissimè hâc de re disserit.*

Ita nil impedit, quo minus etiam in Ascendentibus eadem prohibitio fieri possit, & quidem ex naturâ correlatorum.

arg. *L. ult. C. de ind. viduit. toll.*

Hâc itaque expresâ prohibitione hoc loco cessante apparet, verba de Legitimâ in præsenti Testamento elata non esse accipienda restrictivè, sed demonstrativè,

Vid. Tabor. Barbos. *locuplet. lib. 19. cap. 8. ax. 14.*

præpri-

præprimis cùm Teſtator minus quam fieri poſſit, heredem gravare voluiſſe cenſeatur;

arg. *L. 67. §. 8. de Legat. 2.*
L. 75. de Legat. 3.

Adeò ut ſi Legatum reliquerit, illud potius vel in toto vel in parte cenſeatur invalidum, quam ut gravetur heres;

Klock. *tom. 3. conſ. 103. n. 105.*

Und hindert nicht / daß die Teſtatrix nicht wiſſen noch dencken können / 18.
quòd præter Legitimam etiam Trebellianica deduci poſſit, cum mulieribus jura ignorare ſit permiſſum,

L. ult. C. de Jur. & fact. ignor.

Siquidem ignorantia juris non in omnibus, ſed in quibusdam ſaltem caſibus, in quorum cenſu & hic eſt, quando peritiores conſulere non potuit, mulieri condonatur;

L. 9. pr. ff. eod.

Quorum copiam cum præſens Teſtatrix in loco Teſtamenti conditi abundè habere potuerit, ſuæ facilitati imputare debuit, quod eos tum temporis non adhibuerit. Atque cum ex eâdem incuriâ factum, ut in errorem rapta fuerit, & Legitimam non trientem, ſed quadrantem eſſe crediderit, error quidem ille ultimam voluntatem non infringit,

L. 7. L. 24. C. de Teſtam.

heredi tamen non nocet, quò minus actione ſuppletoriâ pro petendo reſiduo experiri valeat,

arg. *L. 30. l. 36. pr. C. de inoff. teſtam.*

cùm minus à Teſtatrice dictum intelligatur, quam in poſtremo Elogio ſcriptum eſſet.

Richter. *vol. 1. part. 6. conſ. 37. n. 17.*

CONSILIUM seu RESPONSUM *XLIII.*

IN CAUSA TESTAMENTI PATERNI INTER LIBEROS à PAROCHO ET SEX TESTIBUS SUBSCRIPTI, DIVERSORUM LEGATORUM IN ILLO RELICTORUM, RECONVENTIONIS à LEGATARIIS CONTRA HEREDES TESTAMENTARIOS INTENTATÆ, NEC NON DELATO VEL RELATO JURAMENTO JUDICIALI.

Uber einen von einem Vatter unter Kindern errichteten / von einem Pfarrer und sechs Zeugen unterschriebenen Testament, und darinnen verordneten verschiedenen Vermächtnüssen / auch von denen Legatariis gegen die Testaments-Erben angestellten Reconvention, und übertragenen oder referirten Judicial-Eyd.

SUMMARIA.

1. *Septenarius testium numerus de formâ Testamenti substantiali reputatur, nec in potestate Testatoris est minorem numerum adhibere, adeò ut ne quidem juramento defectus suppleri possit.*
2. *Nec aliud obtinet, licet Parochus Testamentum scripserit & subscripserit.*
3. *Officium Notariatus omnibus Clericis interdictum, eorumq; officium curam animarum duntaxat respicit.*
4. *Appositio diei, mensis ac anni in Paterno etiam Testamento requiritur.*
5. *Ex Testamento irrito legata aliave relicta haud debentur.*
6. *Frustra disputatur de validitate actus*

actus, cujus nullus est effectus.

7. Multiplicatio legatorum magis in diversis, quam unâ aut iisdem personis præsumitur.

8. In Testamentis Paternis sola patris voluntas attenditur, nulla verò Juris Civilis solennitas desideratur, ac proinde subsistit, licet nullus testis intervenerit.

9. Ex subscriptione voluntas subscribentis apparet, tametsi ea fuerit generalis.

10. Ubi Heres universalis reperitur institutus, institutio ex rebus certis facta pro legato reputatur.

11. Quando verba Testamenti totam dispositionem modificant & veram legatariorum demonstrationem ostendunt, iis constanter inhærendum.

12. In Testamento etiam privilegiato legata extraneis relinqui possunt, quantumvis nulli Testes fuerint adhibiti.

13. Testatori integrum est, alterius etiam scripturam in confectione Instrumenti uti, isq; inter Testes numerari potest.

14. Non rarò ex præcedentibus, si expressa satis sunt, sequentia generalia & obscura declarari solent.

15. Ad validitatem Testamentorum non solùm quæ ad pias causas verum etiam quæ ad profanas condi solent, duo vel tres Testes unàcum Parocho sufficiunt.

16. Temporis adjectio adeò necessaria non est, quando de Testatoris manu ac subscriptione nec non seriâ voluntate constat, & Testamentum in formalibus subsistit.

17. Quantumvis legatorum repetitio potiùs quàm multiplicatio præsumatur, ex pluralitate tamen & disparitate summarum diversa legata judicantur, quod ampliatur.

18. Extrinseca interpretatio haud attenditur, quando Testator seipsum apertè declaravit, nec ex errore vel inconsultò quicquam fecisse censetur, ubi id, quod disposuit, juri est conveniens.

19. Quoties reconventio altioris est indaginis, hactenus locum non habet, ut privilegio simultaneo processus gaudeat.

20. *In quo tamen arbitrio Judicis multum tribuitur.*

21. *Quando contra eos quibus Juramentum judiciale defertur, præsumptionis quædam militant, eò magis ejusdem delationi locus relinqui solet.*

SPECIES FACTI.

Johanes B. hat zu S. in der Grafschafft W. gelegen / ein Testament gemacht / und darinnen seine Tochter Julian und ihre 3. Kinder zu Haubt-Erben eingesetzet / anbey aber auch viele Legata darinnen verschafft / worunter ins besondere sub n. 5. & 6. einige mit nachfolgenden Worten verlassen worden:

> **5.) Sollen der Schwester Marien Kinder zusammen haben 80. Gulden / 6.) Sollen der Schwester S. Johannes I. Kinder haben / nemlich das zu R. 40. Gulden / und das zu D. 50. Gulden;**

Die Unterschrifft dieses Testaments ist folgender massen eingerichtet:

> In fidem rogatus scripsit & subscripsit Johann. Ernst S. Pastor Mppria.

> **Daß das mein Letzter Wille seye / bezeuge ich mit meiner eigener Hand Nebenschrifft** Johannes B.

> **Auf Bitte des** Testatoris **unterschreiben sich nachfolgende sechs Zeugen / so ihre Namen sämtlich unterzeichnet.**

Nach des Testatoris Tod entstehen unter denen instituirten Erben und vorbenahmten Legatariis sub num. 5. & 6. von deswegen einige Differentien, daß jene dafür halten wollen / es seyen die sub num. 5. & 6. verschaffte Legata für einerley zu halten / indeme die jenige Persohnen /

nen / welchen solche verlassen / einerley und nicht diversè Persohnen wären / bey welchen multiplicatio Legatorum keine statt findet / und wären deswegen mehr nicht als 90. fl. zu zahlen / die übrige 80. aber gar nicht / weil solche in jenen begriffen wären / und der Testator ex errore zehen Gulden hinzugesetzet habe. Worgegen aber die Legatarii vorwerffen / es müsten die beyde Legata strictè in acht genommen und abgetragen werden / wann gleich einerley Persohnen solche wären verlaßen worden / weilen die Summen differt wären. Worbey auch dieses sich begeben / daß 80. Gulden denen Legatariis abgestattet / solche aber per viam reconventionis indebitè wieder condiciret werden wollen / weilen die Legatarii dem Testatori mit verschiedenen angeliehenen Summen verhafft gewesen / so durch einen gewissen aus des Testatoris Hand-Buch gezogenen Extract beschienen worden; Entstehet dannenhero die

Frage:

Was sowohl inpuncto relictorum Legatorum sub num. 5. & 6. als auch intentatæ Reconventionis ex capite indebiti zu sprechen seye?

RESPONSUM.

Als mir Ends-Bemeldten ein gewisses Testament sub num. 1. und die zwischen denen darinn eingesetzten Erben und benahmsten Legatariis sowohl ratione certorum Legatorum, als auch Reconventionis verhandelte Acta sub n. 2. usque ad 9. inclusivè zugeschickt / und mein Rechtliches Gutachten weniger nicht auch einen convenablen Ausspruch über beyde Puncten abzufassen und zu eröffnen Ansuchung geschehen / so habe alles mit behörigem Fleiß verlesen / in reiffliche Erwegung gezogen / und darauf nachstehende Rechs-Belehrung cum annexâ Sententiâ mittheilen wollen.

RATIO-

RATIONES DUBITANDI.

1. OB dann wohl 1.) der Validität dieses Testaments keinen geringen Abbruch zu thun scheinet / daß bloßhin sechs Zeugen dasselbe unterschrieben / mithin die in Rechten erforderte Solennität dabey nicht in acht genommen worden / cùm septenarius numerus testium de formâ cujuslibet Testamenti substantiali reputetur,

Dauth. *de Testam. rubric. de Testib. Testam. n. 421.*

Vasquius *de Success. creat. lib. 1. §. 2. n. 2.*

ac proinde in potestate Testatoris non sit minorem numerum adhibere,

L. 55. de Legat. 1.

in tantum, ut ne quidem juramento defectus testium suppleri possit, ceu cum Ruino, Rolando à Valle & aliis tradit

Mascard. *de Probat. concl. 1359. num. 16.*

2. Ohngehindert daß man 2.) obmoviren wollte / es habe auch der Pfarrer des Orts sothane letzte Willens-Verordnung mit unterschrieben / und werde durch dessen Persohn die Anzahl der Zeugen erstattet und ergäntzet / massen obgleich der Pfarrer dieselbe in fidem geschrieben und unterschrieben / dannoch die Nothdurfft erfordert hätte / daß von sieben Zeugen solche vollzogen / und mit ihren Unterschrifften verwahret worden wäre / und zwar nach Anleitung

Recessus Imperii *de Anno 1512. tit.* von *Testamenten §. 7. ibi:* daß der / so ein *Testament* machen will / in Schrifft bezeichnet und verbunden / oder allein beschloßen und eingewickelt / von des *Testi*rers oder eines jeden andern Hand geschrieben / von sieben Zeugen / so sie alle beyeinander versamlet sind / vorbringt und legt / die war durch einen jeden der sieben Zeugen unterschrieben ꝛc.

3. Nebst deme 3.) der Pfarrer eine Testamentarische Verordnung zu bekräfftigen / und dergestalt gleichsam officium Tabellionatus seu Nota-

Notariatus auszuüben nicht angesprochen werden können / cùm similis muneris exercitium omnibus Clericis in sacris canonibus sit prorsus interdictum, textu expresso

in cap. 8. X. ne Cleric. vel Monach. secular. negot. se immiscean t.

Officio quippe Pastorum curam animarum duntaxat respiciente, & proinde ab officio Notariorum penitus distincto ac remoto, cùm hoc solummodò in præscribendis & dirigendis Actis consistat,

Carpzov. *Jurispr. forens. p. 3. const. 3. def. 18. n. 3. & lib. 6. tit. 1. Respons. 1. n. 17.*

Hierzu 4.) kombt / daß auch kein Tag / Monat und Jahr hinzu gesetzet worden / welches doch auch zur Subsistenz paterni Testamenti erfordert wird / 4.

auth. *quod sine. C. de Testam.*

Dauth. *de Testam. ad L. hâc consultissimâ. n. 31.*

Und da solcher Gestalten 5.) das Testament selbsten nichtig / auch alle darinnen verschaffte Legata zugleich mit hinfallen und unterbrochen werden müssen / explorati enim juris est ex Testamento irrito, imperfecto, nullavè ratione subsistente Legata aliave relicta haud deberi, sed ea potius subitò infirmari & intercidere; 5.

L. 23. de Legat. 3.

L. 29. princ. de Testam.

L. 23. l. 29. C. de fideicomm.

cùm solâ causâ exhæredationis vel præteritionis interveniente Legata salventur, si inde Testamentum evacuari contingat,

auth. *ex causâ. C. de lib. præter.*

Solchem zu Folge 6.) die bey dem fünfften und sechsten Punct erregte Irrungen vergeblich unterhalten / und um deren rechten Verstand zu ergründen Bemühung angewendet wird / cùm frustra disputetur de validitate actus, cujus nullus est effectus, 6.

L. 1. C. ne uxor. pro marit.

L. 33. de hered. instit.

& ea, quæ ipso jure nulla sunt, perinde habeantur, ac si non essent,

L. 1. §. quod quisq;. jur. in al.

7. Auch wann dieses alles gleich nicht wäre / dannoch 7.) die Rechts-Lehrer dafür halten / quòd multiplicatio Legatorum magis præsumatur in diversis quàm in unâ, aut etiam iisdem personis,

Mantica *de Conject. ultim. Volunt. lib. 6. tit. 11. n. 17.*

eo magis quòd Testator non præsumatur voluisse heredem duplici præstatione onerare, etiamsi concurrat favor sanguinis;

Mantic. *dict. loc. n. 18.*

RATIONES DECIDENDI ET RESPONSIONES AD RAT. DUBITANDI.

8. Alldieweil jedoch 1.) ob dem klaren Innhalt mehr-berührten Testaments sich ergiebet / daß der Erblasser zum Haupt-Erben aller seiner Gütter / Baarschafften und fahrender Haabe / klein und groß / wie es alles Nahmen haben mag / seine Tochter Julian und ihre drey Kinder / so sie mit seinem S. Vettern Hermann B. erzielet / eingesetzet habe / und dergestalten dasselbe als Testamentum paternum inter liberos zu achten / constat autem in ejusmodi Testamentis solam Patris voluntatem quocunque modo declaratam secundum æquitatem Juris Gentium attendi, nullam verò Juris Civilis solennitatem ad eorum complementum desiderari,

Dauth. *ad L. hâc consultissimâ. C. de Testam. n. 19. ubi infinitos allegat.*

ac proinde etiam subsistere, quantumvis ne ullus quidem testis intervenerit, ceu Interpretes communiter ita sentire, idque in triturâ forensi

rensi observari comprobant

Dauth. *dict. loc. n. 36.*
Speckhahn. *cent. 1. quæst. 47. n. ult.*
Carpzov. *J. For. p. 3. const. 4. def. 17.*
Richter. *Cons. 419. n. 76. vol. 2.*

Um so mehr / da 2.) der Testator dieses Testament eigenhändig / 9.
wie die Unterschrifft nach sich ziehet / unterzeichnet / cùm ex subscriptione voluntas subscribentis apertissimè appareat,

Julius Clarus *§. Testamentum. quæst. 14. n. 1. ibiq; addit.*

tametsi ea fuerit generalis, haud verò cum speciali voluntatis certificatione, declaratione atque contestatione conjuncta, cùm solius subscriptionis fiat mentio in

authent. *quod sine. C. de Testam.*
Novell. 107. cap. 1.

& proinde generalis enunciatio generaliter quoque sit exaudienda,

L. 1. §. 3. de Aleat.
L. 1. §. 1. de Leg. præst. bon. poss.

Atque hoc ipsum Doctorum communi suffragio roboratur, ceu notabili Lipsiensium Responso testatur

Berlich. *decis. 90. n. 14. & seqq.*
add. Mevius *ad Jus Lubec. part. 2. tit. 1. art. 2. n. 18.*

Hierinnen auch 3.) keinen Eintrag thut / daß der Erblasser die an- 10.
dere / denen er vermittelst seiner Disposition gleichfalls etwas angedeyhen lassen wollen / nicht weniger seine Erben genennet / gestalten da allhier die Julian mit ihrem 3. Kindern zum Haupt-Erben instituiret worden / die Benennung derer übrigen als Erben anders nicht als pro titulo Legati zu achten / ubi enim hæres universalis reperitur institutus institutio ex rebus certis facta pro Legato reputatur;

L. 13. C. de hæred. instit.
Mantic. *de Conj. ult. volunt. lib. 9. tit. 14. n. 10.*

11. Hierneben findet sich am Ende dieses Testaments / daß der Testator all das jenige / was er denen übrigen assigniret / als specificè vermacht angegeben / indeme er diese Clausul angehänget / es sollte der jenige / so mit seinem Legato nicht zufrieden seyn wolte / sich dessen gäntzlich verlustig machen / verba autem hæc uti totam dispositionem modificant & veram Legatariorum demonstrationem ostendunt, ita etiam iis constanter inhærendum, præprimis cùm in jure infrequens non sit, ut verba subsequentia soleant declarare antecedentia,

Brunnemann. *Conf. 162. n. 611.*

12. eò magis quando sunt dispositiva, seu voluntatem animi luculenter patefaciunt,

Cardinal. Tusch. *lit. V. concl. 83. n. 4.*

13. Soviel aber 5.) den Ersten Einwurff anreicht / auch bey diesem Testament, obgleich selbiges als privilegiatum dergleichen nicht nöthig gehabt hätte / die völlige Anzahl der 7. Zeugen zu bemercken / dann obgleich der Pfarrer des Orts den Auffsatz zu Papier gebracht und unterschrieben / so wird doch dadurch dessen rechtmäßiges Zeugnuß keines Weges verringert / cùm Testatori integrum sit alterius etiam scripturâ in elogii sui ultimi confectione uti,

L. 21. princ. C. de Testament.

ita ut qui operæ huic adhibetur, inter Testes quoque numerari possit,

Manz. *tract. de Testam. valid. & inval. tit. 4. quæst. 1. n. 74.*

adeò ut etiam Notarium numero testium rectè accenseri disposuerit Imperator Maximilianus in

Recess. Imp. *de Ann. 1512. Rubric.* Von *Testament. princ.*

14. Diesemnach 6.) dasjenige / was in dieser Constitution §. 7. enthalten / aus dem Principio dahin zu erklären / daß in Belieben des Testatoris stehe / entweder sein Testament durch einen andern schreiben zu lassen / und dannoch 7. Zeugen zu gebrauchen / oder denjenigen /

gen / so solches schreibet / unter die Zeugen mit zu rechnen / und solcher Gestalten die siebende Zahl zu erfüllen / cùm non raró etiam ex præcedentibus, si illa expressa satis sint & determinata, sequentia generalia & obscura declarari soleant,

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 14. cap. 52. axiom. 2.*

Einem Pfarrer zwar auch 7) Officium Notariatus gar nicht zukomme / gleichwohl aber die von ihme etwa errichtete Testamenten / und andere Instrumenten / zumal nicht enervirt werden / wie wohl errinnert 15.

Carpzov. *Jurispr. Eccles. lib. 1. tit. 6. def. 90. n. 9.*

Anitzo nichts zu errinnern / daß ein Pfarrer ohne Insimulation etwas frembdes usurpiret zu haben / auch ohne Abbruch seines obhabenden Seelen-Ambts ad firmanda Testamenta adhibiret werden könne / ad validitatem siquidem Testamentorum duo vel tres Testes unà cum Parocho sufficiunt,

cap. 10. X. de Testam.

Ambrosius le Gauffree *Comment. ad Decretal. eod. tit. vers. additur.*

& quidem non tantummodò ad hæc, quæ ad pias causas, verum etiam quæ ad profanas condi solent,

Manzius *dict. tract. tit. 4. quæst. 1. n. 60.*

ubi n. 62. addit, quòd interventus Parochi ejusque Testimonium pro formâ Testamentorum de Jure Canonico requiratur, ac proinde sine eo hæc nequaquam valeant;

Was aber 8. 9. & 10.) de diei, mensis & anni defectu, ingleichen de invaliditate & nullitate Testamenti ac Legatorum beygezogen wird / von keiner Erheblichkeit ist / quia temporis adjectio non adeò necessaria est, quando de Testatoris manu ac subscriptione nec non seriâ ejus voluntate constat, 16.

Wesenb. *Cons. 90. n. 20.*

Testa-

Testamentum autem ipsum in formalibus subsistit, & per consequens etiam legata in illo relicta infirmitate suâ manent; vid. Rat. Decid. 1. & seqq.

17. Bey dem ferner und 11.) de multiplicatione Legatorum angeführten Gegensatz ist wohl in acht zu nehmen / daß der Erblaßer diversitatem legatorum in §. 5. & 6. seines Testaments handgreifflich zu verstehen gegeben / indeme er in dict. §. 5. der Schwester Marien Kinder zusammen 80. Guldrn in citat. §. 6. aber deroselben Schwester Kindern besonders / und zwar denen zu R. 40. Gulden / und denen zu D. 50. Gulden / und dergestalten eine gantz andere Summa legiret und verschaffet / mithin kein Zweiffel / daß beyde in solchen Paragraphis enthaltene Summen denen Legatariis, wann auch gleich selbige nicht liberi primi sed ulterioris gradus, ja gar einerley gradus und einerley Persohnen wären / völlig ungestimmelt und ohne einigen Abzug gereichet werden müssen / quantumvis enim legatorum repetitio potius quàm multiplicatio præsumatur, idque favore hæredum, ut tantò minus onerentur, aliter tamen sese res habet, quando Testator legandi modum in quantitatis sive summæ determinatione variavit, eò quòd ex pluralitate & disparitate summarum diversa judicentur legata, ac proinde singulorum præstatio pro custodiendâ testatoris voluntate præcisè fieri debeat, ceu Interpreres unanimiter notant in

L. 34. §. 1. & 3. de legat. 3.

hancque sententiam cum Zasio & Jasone communem esse testatur

Vasquius *de success. tom. 2. lib. 3. §. 21. n. 11.*

In tantum ut idem obtineat in casu, quo plura legata iisdem personis relicta esse constat, singula siquidem debentur, quando quantitas primi legati alia & diversa est à quantitate secundi legati, uti ex Castrensi, Alexandro & aliis refert

Cardinal. Tusch. *lit. L. concl. 76. n. 12. & 13.*

Quando

Quando enim Testatores utuntur pluribus verbis, singula verba attentenda erunt, siquidem unum poterit exponere aliud, ex quibus simul consideratis fieri potest diversa resolutio in casu proposito ceu in puncto multiplicationis graviter loquitur

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 11. cap. 56. axiom. 2.*

Sothaner Bewandtnus nach / 9.) des Pfarrers Attestat sub 18.
lit. A. so die Kläger in ihrer Summarischen Gegen-Vorstellung sub n. 3. Actorum angezogen / und dardurch erhärten wollen / es habe der Erblasser in diesem Stück eine andere Meynung gehabt / nicht anreichig seyn will / extrinsica siquidem interpellatio haud attenditur, quando Testator se ipsum verbis apertissimis declaravit

Sixtinus *Cons. Marp. Cons. 21. n. 80. vol. 2.*

& cùm in verbis nulla est ambiguitas quæstioni voluntatis haudquaquam locus relinquitur,

L. 25. §. 1. de legat. 3.

L. 7. §. ult. de suppell. legat.

Adhæc Testator nil quicquam ex errore, vel etiam inconsultò fecisse censetur, quando id quod disposuit, juri est conveniens & hominis sapientis Testamentum arguit,

Mantic. *de Conj. ult. volunt. lib. 2. tit. 5. n. 7.*

ut taceamus legata ita semper interpretanda esse, ne reddantur inutilia & favor legatariorum conservetur,

Mantic. *lib. 6. tit. 16. n. 32. & lib. 10. tit. 1. n. 6.*

Als ist es diesem allem nach an deme / daß offtmentionirtes Testament, Falls es mit dem Originali überall bestärcket werden kan / nicht nur fur gültig sondern auch die darinnen in §. 5. & 6. verschaffte Legata pro distinctis Legatis zu achten / forters beyde des Erblassers Schwester Kindern / so viel deren annoch im Leben / und sonsten dergleichen sich nicht unwürdig gemacht / abgestattet werden müssen.

Soviel dann weiter den Punctum Reconventionis betrifft / all- 19.
dieweilen dieselbe altioris indaginis, indeme sonderlich bemerckſam / daß

die

die Testaments-Erben in ihrer summarischen Gegen-Vorstellung sub n. 3. Actorum selbsten angegeben / es hätten die Legatarii die ihnen beym 5.ten §. vermachte 80. Gulden würcklich empfangen / wordurch sie ihre ergriffene Reconvention indem sich selbsten schwehr gemacht / daß sie hierdurch das Testament approbiret / hingegen zu verstehen gegeben / es müsten die zur Behauptung der Reconventien vorgeschirmte Schuld-Posten nicht allerdings auf festen Fuß stehen / sonsten sie den Abtrag berührter 80. Gulden zurückgehalten / und selbige mit sothanen Schuld-Posten pro quantitate debiti zu compensiren bemühet gewesen seyn würden / als ist es zwar an deme / daß der Punctus Reconventionis den Punctum Conventionis gar nicht hemmen könne; sondern dieser seine völlige abhelffliche Maas erlangen / jener aber allerdings ausgestellet / und zu weiterer Erörterung reserviret werden müße / quoties enim reconventio altioris est indaginis, ita ut ulteriori probatione opus esse deprehendatur, tunc reconventionem hactenus non habere locum, ut privilegio simultanei processus gaudeat, in terminis consuluit

Brunnemann. *Cons. 105. n. 45.*

& liquidam conventionem haud differri debere per reconventionem illiquidam respondit

Richter. *Cons. 205. vol. 2.*

20. Alldieweil jedoch einem Richter hierunter die Hände nicht gebunden / sondern vielmehr frey stehet / der Haupt-Sach solang einen Anstand zu geben / biß sothaner Punctus Reconventionis eine gleichmäßige Entscheidung erlanget / wie nachtrücklich erinnert / auch dißfalls in Camerâ Imperiali zum öfftern also in acht genommen zu seyn bewähret

Mynsinger. *cent. 1. Obs. 10. n. 5. & 6.*

Und dann in loco Conventionis als wohin causa Reconventionis ohnedas gehöret.

L. 14. C. de sentent. & interloc.

Ummius *de Proceß. disp. 10. n. 3. vers. addo etiam &c.*

Der

Der Erblasser auch daselbsten seßhafft gewesen / und die angegebene Schuld-Posten seinem Hand-Buch eingetragen / diese Reconventio ohne einige Weitläufftigkeit abgethan werden kan / so wären die Testaments-Erben mit dem von denen Legatariis vi Protocolli unterm dato den 13.ten Oct. nächsthin ihren deferirten Judicial-Eyd / zumalen da angezeigter massen ihre schleunige Abführung der sub §. 5. legirten 80. Gulden sie mit einer widrigen Præsumption bestricket / es müsten die von denen Legatariis daselbsten angegebene Schenckung der Schuld-Posten nicht so gar unrichtig seyn / ihnen auch dißfals einige Wissenschafft / wie sie gleichfalls vorgeben / beywohnen / mit gutem Fug zu beladen / quando enim contra eos, quibus hoc juramentum defertur, præsumptiones quædam militant, tum eò magis ejusdem delationi locus relinqui solet,

Mevius *part. 6. decis. 405.*

Tabor. *Relat. Argent. 36. n. 9.*

Könnte demnach vorläuffig nachfolgendes Interlocut publiciret werden.

In Con- und Reconventions-Sachen Wilhelm H. in Vormundschaffts-Nahmen weyland Johann H. S. Kinder und Consorten zu R. und D. Klägers an einem entgegen und wider Julian Hermann B. S. nachgelassene Wittib und Consorten allhier Beklagte am andern Theil / wird der Punctus Conventionis noch zur Zeit ausgestellet / in puncto Reconventionis aber hiermit zu Bescheid ertheilet / werden die Beklagten den ihnen von den Klägern übertragenen Eyd / es seye ihnen gar nicht bewust / daß der Erblasser die in seinem Hand-Buch enthaltene und in dem daraus gezogenen beglaubten Extract sub n. 8. Actorum besonders begriffenen Schuld-Posten seiner Schwester und deren Kindern geschencket / vielmehr aber beständig und mit gutem Gewissen dafür hielten / daß solche annoch in salvo und mit Recht zu fordern und anzuheischen wären / zu GOtt dem Allmächtigen schwören / allermassen ihnen zu thun oblieget / auch hierzu terminus von 8. Tagen ohnberaumet wird / so sollen sie darmit gehöret / auch darauf ferner erkannt und verfüget werden / was Recht ist.

Sollten aber in dem hierzu præfigirten termino die Beklagte nicht schwören / sondern denen Klägern den Eyd referiren wollen / so wäre alsdann zu Abschwörung des juramenti relati diesen ein gewisser Tag anzusetzen / und wann sie nach genugsamer Verwarnung solches abgestattet / alsdann factâ utrinque conclusione nachfolgendes Definitiv auszusprechen seyn.

In Con- und Reconventions-Sachen / Wilhelm H. in Vormundschafft-Namen / weyland Johann H. Kinder und Consorten zu R. und D. Klägers am einem / entgegen und wider Julian Hermann B. nachgelassener Wittwe und Consorten allhier / Beklagten am andern Theil / wird auf eingeholten Rath eines auswärtigen Rechts-Gelährten hiermit zu Recht erkannt / daß die sub n. 1. actorum in copiâ anliegende Disposition vor ein zu Recht beständiges Vätterliches Testamentum inter liberos zu achten / nicht weniger auch die darinnen sub n. 5. & 6. verschaffte Legata Einwendens ohngeachtet / für zwey unterschiedene Vermächtnüßen zu halten / und über die denen Legatariis allbereits ausgezahlte 80. Gulden sub n. 5. auch die sub n. 6. Johannes H. Kindern zu R. vermachte 40. Gulden und denen zu D. legirte 50. Gulden gleichfalls zu zahlen und abzustatten / die Kläger aber gestalten Dingen und Umständen nach mit ihrer ergriffenen Reconvention abzuweisen seyen. Allermassen wir dann Stadt-Richter / Burgermeister und Rath allhier ersagtes Testament vor gültig / beyde sub n. 5. & 6. verschaffte Legata pro diversis , und daß nebst jenem auch dieses vollkommen abzustatten seye / hiermit erkennen / so dann die Beklagte mit ihrer angestellten Reconvention allerdings abweisen / die beyderseits angewandte Unkösten aber aus hierzu bewegenden Ursachen gegeneinander compensiren und aufheben / von Rechts wegen.

Im Fall aber die Beklagte zu Abstattung des deferirten Eyds sich willig erwiesen / dieselbe aber nicht referiren wollten / so wären sie nach scharffer Verwarnung vor dem Meineyd darzu zu verstatten / und nach dessen Abschwörung zu Eröffnung folgenden Definitivs zu schreiten.

In

In Con- und Reconventions-Sachen / Wilhelm H. in Vormundschaffts-Namen Weyland Johannes H. S. Kinder und Consorten zu R. und D. Klägers an einem / entgegen und wider Julian Hermann B. nachgelassenen Wittwe und Consorten allhier / Beklagte am andern Theil / wird auf eingeholten Rath eines auswärtigen Rechts-Gelährten hiermit zu Recht erkannt / daß die sub n. 1. Actorum in copiâ anliegende Disposition vor ein zu Recht beständiges Vätterliches Testamentum inter liberos zu achten / nicht weniger auch die darinnen sub n. 5. & 6. verschaffte Legata Einwendens ohngeachtet / für zwey unterschiedliche Vermächtnüßen zu halten / beyde solche Legata auch / jedoch nach Abzug der in Reconventione wol eingeklagten / und in denen sub n. 8. Actorum anliegenden Extract-Hand-Buchs befindliche Schuld-Posten / woferne ein und anders darvon allbereit bezahlet zu seyn nicht beybracht werden kan / denen Legatariis respectivè zu laßen und zu zahlen seyen. Inmaßen dann wir Stadt-Richter / Burgermeister und Rath allhier ersagtes Testament vor gültig / beyde sub n. 5. & 6. verschaffte Legata pro diversis, und daß beyde denen Legatariis, jedoch nach beschehenem Abzug der in Reconventione eingeklagter annoch unbezahlter Schuld-Posten / respectivè zu lassen und zu zahlen seyen / erkennen / die beyderseits eingewandte Unkosten aber aus hierzu bewegenden Ursachen gegeneinander compensiren und vergleichen; Von Rechts wegen.

CONSILIUM seu RESPONSUM *XLIV.*

Testamentum ab Aviâ conditum quatenus sit validum?

Ein Groß Mütterliches Testament betreffend / und wie weit solches gültig?

SUMMARIA.

1. *Omnia bona de Jure communi paterna non materna præsumuntur, adeò ut constante matrimonio acquisita industriâ Viri acquisita censeantur, nec usufructuaria res usufructui subjectas alienare potest.*
2. *In tantum ut licet bona constante matrimonio acquisita vi societatis conjugalis sint communia, uxori tamen super dimidia saltem parte disponere liceat.*
3. *In omni dispositione ad minimum quinq; Testes requiruntur.*
4. 5. &. 6. *Et heredum nomina nec non annus, mensis & dies specificè exprimi, insuperq; verba:* Peto, rogo *&c. in dispositione fideicommissariâ apponi debent.*
7. *Privilegiata testandi ratio inter solos liberos valet, & utriusq; sexus Parentibus patet, sive primum, sive ulteriorem in lineâ ascendenti gradum obtineant.*
8. *Cumprimis quando hoc testamenti genus voluntatem sobriam & ex asse consummatam continet, quod rationibus firmatur.*
9. *Quodlibet Testamentum ratione voluntatis perfectum præsumitur, & proinde adversario contrarium probare incumbit.*
10. *Actus plenè perfectus præsumitur, quando dispositioni additum à quo, qua die, & quibus præsentibus ea facta sit.*

Ac

11. *Ac Testamentum ejusmodi si non propriâ disponentis manu scriptum, ipsius tamen subscriptione firmatum esse debet, quod ampliatur.*
12. *Licet Testatrix haud subscripserit, tamen Testamentum valet, quando duobus Testibus est corroboratum.*
13. *Ubi de subscriptione constat, nullus Testium interventus & corroboratio efflagitatur.*
14. *Heredis institutio non ad Testamenti privilegiati solennitatem probatoriam, sed formam substantialem pertinet.*
15. *Institutio in Testamento inter liberos non debet esse solennis, quod tamen limitatur.*
16. *Dispositio paterna vel materna quatenus etiam ad Nepotes extendatur.*
17. *Valet quoq; Testamentum minus solenne inter liberos, qui primum successionis gradum haudquaquam tuentur.*
18. *Nomina heredum in Testamento quoq; privilegiato cur exprimi debeant?*
19. *Filii nominatim instituendi, forma per æquipollens impleri nequit.* vid. tamen n. 21.
20. *Conceptio institutionis per nomen generis facta idem operatur, ac si per nomen speciei facta esset, & liberi non saltem expressè verum etiam tacitè institui possunt.*
21. *Manzii assertum n. 19. adductum limitatur.*
22. *Præsumptio metus & compulsionis cessat, quando maritus non in ipso testandi actu, neque in damnum alterius, sed familiæ commodum uxorem ad actum testandi incitavit.*
23. *Nullam imperii speciem sapit, quod alterius potestati relinquitur.*
24. *Testamentum ad suggestionem haud dicitur conditum, quando Testator proprio ore heredem nominavit.*
25. *In testamento inter liberos adjectio temporis partem substantiæ constituit, ejusque omissio vitium nullitatis inducit.*
26. *Et sufficit, si tempus vel in ipso contextu vel in subscriptione liet non à Testatrice ipsa sed alio expressum fuerit.*
27. *Conjux superstes in quarto ordine liberi verò in primo ad successionem vocantur.*
28. *Societas Conjugalis ferè ubique recepta, in multis tamen locis*

cis usualis magis quàm patrimonialis est, quod latius deducitur.

29. *Consuetudo, si controversa sit, probari debet, & probata qualem vim habeat?*

30. *Fideicommissi præsumptio cur temerè capienda non sit? quod tamen ad casum prorsus dubium restringitur.*

31. *Certissimum fideicommissi argumentum inde apparet, quando substitutio in propriis disponentis bonis facta non ad unum sed plures successive directa reperitur, quod ampliatur.*

32. *Si verba ad Casum hereditatis & postmodum subsecutæ mortis referuntur, alia quam fideicommissaria substitutio subintelligi nequit.*

33. *Filio pubertatem egresso in casum mortis aliter, quàm per fideicommissum substitui nequit.*

34. *In Testamentis privilegiatis inter liberos clausula codicillaris tacitè & virtualiter subintelligitur, & duo saltem testes sufficiunt.*

35. *Liberorum appellatio ad utrumque sexum in infinitum porrigitur, verbumque heredis tàm masculos quàm fœminas complectitur.*

36. *Quando plures sub nomine collectivo ad fideicommissum vocantur, quomodo vocati videantur?*

37. *In fideicommissis voluntas magis quàm verba spectanda, cumprimis quando conjecturæ fideicommissum familiæ aliâs inferentes cessant.*

38. *Eo ipso quo heres fiduciarius hereditatem adiit, quasi contractum de præstando fideicommisso iniisse censetur.*

39. *Fratri germano quando ulterinus succedere nequeat? Frustra Testamentum evertere nititur, cui nulla spes ab intestato succedendi est relicta.*

40. *Ad fundandam possessionis apprehensionem factum ipsum, non justitia facti attenditur, nisi absq; ulla justâ causâ & titulo occupata fuerit.*

41. *Qui nullam causam allegare potest, ex qua sit heres, res temerè possessas citra ullam moram restituere debet.*

42. *Quando de petitorio luculenter constat, frustra disceptatur de possessorio.*

43. *Fidei-*

43. *Fideicommissarium heredem non sublevat possessio, quam authoritate Judicis citra causæ cognitionem & partis adversæ citationem obtinuit.*

44. *Immissio cur fratri uterino in præsenti casu obicem ponat?*

45. *Ex rerum nonnullarum hereditariarum apprehensione cæterarum non apprehensarum possessio quare salvari nequeat?*

46. *Hereditas quatenus sit species universitatis?*

47. *Petitio hereditatis fideicommissariæ contra eos, qui pro herede vel possessore possident, dirigi solet, hocque remedium petitorium cum remedio possessorio* ex L. ult. C. de Edict. Div. Hadr. toll. *rectè cumulatur.*

48. *Appellatione interpositâ aliquis in possessione defendendus, remedium petitorium cum possessorio retinendæ cumulari non possit, in præsenti autem casu fallat?*

49. *Remedium* ex L. ult. C. de Ed. Div. Hadr. toll. *ad obtinendam possessionis confirmationem benè cumulari ac institui potest.*

50. *Detractio Quartæ Trebellianicæ solum heredibus à disponente institutis ac fideicommisso gravatis est permissa.*

51. *Ubi cessat onus fideicommissi ibi emolumentum quoque Quartæ cessare debet, quod ampliatur.*

52. *Frater uterinus quando à successione excludatur?*

53. *Separatio & assignatio à Matre facta qualem habeat effectum?*

54. *Omnes fructus bonorum paraphernalium lucro Mariti cedunt etiam Muliere invitâ.*

55. *Nemo cogi potest, ut alteri prosit. Vitrico eadem quidem reverentia quæ Matri debetur, alimenta tamen Novercæ non nisi in subsidium præstanda.*

56. *Beneficium datur propter officium, non autem debetur illi, qui tale non præstitit.*

57. *Vitricus animum repetendi alimenta vel donandi an habere censeatur, disquiritur, & ad præsentem casum applicatur.*

58. *Qui ordinariè alimentorum repetitioni redditur obnoxius, licitè ea cum usuris ex sorte sibi debitâ præstandis compensare potest.*

59. *Qui compensationem objicere potest, si eam negligat & solvat, solutum tanquam indebitum*

bitum

bitum condicere potest.

60. *Renunciatio Juris quæsiti multo minus præsumitur, quando quis actum cum eâ incompatibilem interponit.*

SPECIES FACTI.

Eine sichere Wittib Titia Mutter und respectivè Groß-Mutter / so vier Söhne eine Tochter und nepotem ex prædefuncto filio nachgelassen / hat vor dero Absterben eine Disposition gemacht / unn darinn dergestalt verordnet / daß ihr Enckel des verstorbenen Sohns ex jure Repræsentationis zwar mit ihren andern Kindern zum gleichen Theile tretten und miterben solle / jedoch also und dergestalt / daß wenn er in der Minderjährigkeit oder sonst ohne Hinterlassung rechtmäßiger Leibes-Erben versterben würde / alsdann dessen Groß-Elterliche Gütter keinem andern sollten heimfallen oder ausgefolget werden / als allein denen übrigen ihren Leiblichen Kindern / und deren rechtmäßigen Erb-Folgern / und denenselben insgesambt Stamms-Weise dessen Antheil hinwieder anwachsen und zufallen / und unter dieselbe in gleiche Theile vertheilet werden; wie selbiges alles weitläuffiger aus der beykommenden Copiâ zu ersehen. Nun hat sichs zugetragen / daß ohngefähr vor 5. oder 6. Wochen dieser nepos anno ætatis 28. gestorben / und hat einen fratrem uterinum ex secundo thoro genitum, Vattern / Schwester und Geschwister-Kinder nachgelassen / worauf die Letztere Erben dem Herrn Richter erwehnte Disposition in originali, & duabus copiis, nebst einer Supplicâ pro decernendâ immissione

ex L. ult. C. de Ed. Div. Hadr. toll.

præsentiret / auch selbige Immission würcklich erhalten / und durch den Actuarium mit Zuziehung des Gerichts-Dieners und zweyen Zeugen decretirter massen effectuiren lassen / und wiewol man in diesem Casu wäre befugt gewesen / nach dem notorischen stylo propriâ authoritate per Notarium & Testes vorerwehnten defuncti bona vacantia in

in possession zu nehmen / vielmehr des Herrn Richters Ambt gewesen / petito modo ob rationes in Supplicâ adductas selbige Immission und Possession zu erkennen und zu demandiren / so hat sich doch verschiedentlich erwehnten nepotis Bruder von Mutter wegen (welche Mutter doch schon vorlängst verstorben) unterstanden; Von solchem Apostilari Decreto, als dadurch vermeyntlich gravirt / zu appelliren ex Rationibus in schedula Appellationis adductis, daß er omni jure seines Bruders nächster Erbe / und daß sowohl er als dessen Vatter pro alimentatione ipsius dessen Gütter in Possession gehabt / und noch habe / auch processus ex hoc capite und ex ratione, weilen er nicht citirt / erhalten / und mithin ein Decretum cassatorium sub- & obreptitiè ad falsa narrata ausgebracht / und sich also ferner pro contradictore angegeben / Willens selbige Disposition zu disputiren und umzustossen / und zwar vornemlich daher / so viel man extrajudicialiter à parte adversâ und deren Advocato vernommen / daß die Großmutter keine Macht hätte gehabt dergestalt zu disponiren / und posito daß sie dessen wäre befugt gewesen / wäre dieselbe doch zu Recht nicht kräfftig / weil sie darinn nicht aller Kinder Nahmen v. g. Steffan, Lorenz &c. gedacht / und dieselbe dergestalt zu Erben eingesetzt / daß sie nicht mit Zeugen genug versehen / daß die Mutter in der Unterschrifft annum & diem sive tempus nicht gesetzt / und weil ad materiam fideicommissi die meiste Controvers hinaus laufft / daß die Worte Peto, Rogo &c. vom Notario nicht exprimiret / und was dessen nichtige Einwürffe mehr seyn / daß ipso jure à morte avi medietas der Groß-Elterlichen Gütter auf den nepotem transmittiret wäre / und hätte die Großmutter ja potestatem testandi sive disponendi legalem gehabt / so hätte sie nur über medietatem bonorum disponiren können; So ist aber dagegen wohl zu notiren / daß hiesiges Orts inter conjuges omnium bonorum lucri & damni undiquaque obvenientis communio, und daß dissolutâ per mortem societate conjugali superstes superstiti succediret und omnium bonorum domina wird / und nur / wann superstes ad secunda vota schreiten will / mit denen Kindern erster Ehe theilen muß / und denenselben vorhero zu ge-

ben nichts nöthig hat; Und daß wie die Großmutter also disponirt/ ihres nepotis Mutter schon zur andern Ehe geschritten gewesen / und darinn mit dem Vitrico ni fallor schon Kinder gezeuget/und daß er ex post auch eine Stief-Mutter bekommen / seinen Stief-Eltern 50. Reichs-Thaler Kost-Geld geben / und Kleider und alles bezahlen müssen / biß in sein Letztes einen Curatorem Bonorum gehabt / und daß selbiger bis jetzo noch wegen seiner Curatel keine Abrechnung gethan / und derselbigen sich los gemacht / daß der verstorbene Enckel von Jugend auf insonderheit tempore dispositionis einen zarten und schwachen francken Leib gehabt / und dadurch dessen Tod befürchtend die Testatrix also zu disponiren bewogen / weil sie ihren sauren Schweiß und Arbeit nicht wolte/ ad extraneos von ihrem Geblüt nicht entsprossen/ transferirt wissen. Ist demnach die Frage:

QUÆSTIO PRIMA.

Ob nicht erwehnte Mutter und respectivè Großmutter dissolutâ per mortem societate conjugali über alle Gütter zu disponiren Macht gehabt / und selbige aufgerichtete Disposition de jure nicht so kräfftig und bindig / daß auch ihr Enckel selbiger zugegen in præjudicium substitutorum aut fideicommissariorum oder auch nur schlechter Dings zum Nachtheil ihrer Kinder existente jamdum conditione nichts verordnen oder statuiren können / weniger dessen Halb-Bruder dawider etwas mit Bestand Rechtens einwenden kan?

QUAESTIO SECUNDA.

Wann der Appellans frater uterinus auch gleich erweisen würde / daß sein Vatter und er administratorio nomine oder ex assignatione Curatoris aufs Kost-Geld ein und anders von Interessen und Pfächten erheben / auch die Brieffschafften um etwas darinn nachzusehen / bey des Defuncti Lebzeiten aus der Kirchen gelanget / mit des

Cura-

Curatoris Consens oder durch dessen Connivenz oder Nachlässigkeit bey sich behalten / und maximo dissensu fratris sub propria authoritate aus dem Kasten in der Kirchen einige Mobilia geholet / ob er dadurch possessionem dociren / und apprehensionem omnium rerum hereditariarum sustiniren könne / sondern ob nicht vielmehr hisce non attentis der Judex secundæ Instantiæ, wenn gleich das Decretum apostilare eo non audito nec citato gegeben wäre / uns in Possessorio manuteniren; Auch in Petitorio, wenn Appellaten sich darüber einliessen / für selbige sprechen könne und müsse?

QUÆSTIO TERTIA.

Wie und auf welche bequemste Art und Weise Appellaten und Fideicommissarii ihre Sache angreiffen um darinn desto ehender zu ihrer Intention und einem glücklichen Endzweck zu kommen / und ob der Contradictor Trebellianicæ deductionem de Jure könne prætendiren?

QUÆSTIO QUARTA.

Weilen des Defuncti Mutter / da sie zur andern Ehe geschritten / mit ihrem Kinde Stadts-Brauche nachtheilen müssen / an statt dessen aber demselbigen 366. bis 70. Reichs-Thaler zu geben versprochen / ob nicht dessen Stief-Vatter von der Zeit da sein Stief-Sohn Kost-Geld geben und Kleider und alles bezahlen müssen / auch gehalten von den Geldern läuffige Interesse zu geben / zumahl weil sie selbiger immer verlanget? 2c.

RESPONSUM.

NAchdeme unten benannten vorgesetzte Species Facti mit denen annectirten vier Fragen / um unser Rechtliches Gutachten cum Rationibus Dubitandi & Decidendi darauf zu erthei-

 len /

len / vorgelegt ; So haben wir alles mit Fleiß verlesen und erwogen / respondiren auf die Erste Frage / daß es Anfangs scheine / als wann die Groß-Mutter dissolutâ per mortem societate nicht über alle Gütter zu disponiren Macht gehabt / mithin die copialiter überschickte Disposition, wann selbige mit dem Original übereinstimmen sollte / de jure nicht kräfftig noch bindig seye : aus Ursachen

RATIONES DUBITANDI.

1. QUia omnia bona de Jure communi præsumuntur paterna & non materna, in tantum ut omnia bona constante matrimonio acquisita industriâ Viri acquisita esse censeantur, ut eleganter docet

Carpzov. *Jurispr. for. part. 3. const. 25. def. 8. & 9.*

Idcircò avia super rebus alienis disponere neutiquam potuit, præsertim cùm mater vel avia separato thoro saltem fuerit usufructuaria, unde etiam usufructuaria res usufructui subjectas alienare nequit;

per *L. 1. 2. & alibi passim. C. de bonis matern.*
& L. 6. C. de bon. quæ liber.

2. Und wann schon gesetzet / daß 2.) die quæstionirte bona omnia constante matrimonio acquisita, und vi societatis conjugalis diese communia wären /

Boër. *decis. 22. n. 27. & seq.*
Pet. Sanz. *de divis. bonor. lib. 2. cap. 11. n. 1. & passim.*

So hätte doch die Altmutter über nichts mehr / als über die Helffte zu disponiren gehabt ; Dieweil sie aber über alle des Enckels Gütter disponirt / so wäre solche Disposition ad minimum quoad medietatem null und nichtig ;

3. Wiewol auch 3.) diese Dispositio fideicommissaria seine solennitatem nicht hat / noch 5. Zeugen adhibiret seynd / quia in omni dispositio-

positione ad minimum quinque Testes requiruntur;

L. ult. §. ult. C. de Codicill.

Schæffer. *quæst. jur. pract. part. 3. quæst. 4. n. 23. & 40.*

Wie dann auch 4.) die heredum nomina, so doch de jure seyn soll und muß / nicht einmal in der Disposition exprimiret worden; 4.

Mantic. Cardin. *de leg. lib. 9. tit. 12. n. 22. & seqq.*

Anton. Gomex. *tom. 2. V. R. c. 11. n. 8.*

Thom. Lindem. *in exercit. ad inst. de leg. th. 31.*

Auch 5.) die Altmütterliche Testatrix in ihrer Unterschrifft tem- 5.
pus, annum, mensem & diem wie die Gegentheile opponiren sollen / vergessen /

Und endlich 6.) der Notarius in hâc dispositione fideicommis- 6.
saria die Haupt-Worte: Peto, Rogo &c. vergessen / mithin das gantze Fideicommissum null und nichtig wäre;

RATIONES DECIDENDI.

WAnn wir aber dieses factum in etwas genauer beleuchten / so wird 7.
sich befinden / daß diese von der Alt-Mutter errichtete Testamentarische Disposition aller anjetzo vorgekehrten Einwürffen ohngeachtet zu Recht bestehe / und darauf in pronunciando gesprochen werden müsse;

Angesehen 1.) daraus ohnschwehr zu bemercken / daß die Testatrix ihren letzten Willen unter niemand anders als ihren Descendenten verfügen und anschaffen wollen / constat autem privilegiatam hanc testandi rationem inter solos liberos valere, & utriusque sexus parentibus, maribus & fœminis patere;

L. hâc consultissimâ. 21. §. 1. C. de Testam.

Recess. Imp. *de ann. 1512. tit.* von *Testamenten* §. und sollen die *Notarien. vers.* Aber *in Testamenten. in verb. in Te-*

Hh hh h 3 *stamen-*

stamenten / so Vatter und Mutter zwischen ihren Kindern machen.

nullo habito respectu utrum primum, an ulteriorem in lineâ ascendenti gradum obtineant, cum parentum appellationes omnes indeterminatè Superiores contineantur,

L. appellatione. 51. de V. S.
L. quinq;. 4. §. 2. de in jus vocand.

& apertè Rescriptum Imper. Theodosii omnes utriusque naturæ ascendentes ea in re admittat, ceu luculenter ad illud provocat Imp. Justinianus in

Novell. *107. præfat.*

Atque quòd avia validum inter posteros faciat Testamentum in terminis consuluerunt Jenenses apud

Richter. *Cons. 298. per tot. Vol. 2.*

Nec non tale ad effectum obtinendæ immissionis,

ex L. unic. C. de Edict. Div. Hadrian. toll.

prodesse refert & comprobat

Cæsar Argelus de Paltronibus *tract. de Acquir. possess. ex remed. L. ult. Cod. de Ed. Div. Hadr. toll. quæst. 6. artic. 9. n. 4.*

8. Nicht weniger 2.) sothane ihre Verordnung bey völligem Verstand / mit gutem Bedacht / und genauer Beobachtung aller dazu erforderten Stücken / sonderlich aber ratione mentis & voluntatis, allerdings vollkommen und untadelhafft zu Werck gerichtet / nil autem in hoc Testamenti genere desiderari potest, quando continet voluntatem sobriam & ex asse consummatam;

Manz. *tract. de Testam. val. & inval. tit. 3. quæst. 6. n. 17.*
Mevius *part. 9. decis. 1. n. 4.*

cùm scrupulositas saltem solennitatis civilis, haud verò voluntatis naturalis complementum legum dispositione sit remissum;

Maulius *de Ultim Volunt. lib. 1. tit. 12. n. 26.*

Ever-

Everhard. *Conf. 15. n. 26.*
Besold. *Conf. 232. n. 5. part. 3.*

Allermassen indem die Kinder zu der Eltern Verlassenschafft von der Natur selbsten beruffen werden;

L. cum ratio naturalis. 7. pr. de bon. damn.

Auch nicht vermuthlich / daß diese das Band natürlicher Liebe unterbrochen / und jene auf einige Weise hinterschleichen sollten;

arg. *L. nam & si parentibus. 15. princ. de inoff. Test.*

So ist zumahl kein Zweiffel / daß keiner Solennität hierbey nöthig / sondern genug seye / daß die Eltern sothane ihre natürliche Zuneigung sattsam und ohne einigen Vorbehalt zu verstehen geben /

Portius Imol. *Conf. 12. n. 8.*

In mehrerer Erwegung / daß auch 3.) ohnedem Rechtens / quod pro quolibet Testamento præsumatur, illud ratione voluntatis perfectum esse, & propterea adversario contrarium probare incumbat; 9.

Menoch. *lib. 4. præs. 5. n. 2. & 3.*
Roderic. *de Conj. Ment. def. L. 3. c. 2. §. 1. n. 14.*

nemo siquidem actum frustratorium & imperfectum celebrare velle censetur;

Cravetta *Conf. 986. n. 60.*
Surdus *Conf. 307. n. 15.*

Cùm quilibet eâ sit intentione, ut actus potius valeat, quàm pereat;

L. quoties. 80. de V. O.
Mantic. *de Conject. ult. Volunt. lib. 2. tit. 15. n. 2.*

Idque eò magis, quo præsens dispositio nullo vitio visibili laborat, & eapropter præsumptionem perfectionis indubitatam pro se se habeat,

Mevius *part. 4. decis. 12. n. 4.*

Bevorab

10. Bevorab da 4.) am Ende dieses Testaments vermeldet / es seye dasjenige / was darinnen verordnet worden / an einem gewissen Ort / in Beyseyn der Beschriebenen Zeugen und Notarii, auch in dem Tag / Monath und Jahr geschehen / præsumitur autem actus plene perfectus & absolutus, quando dispositioni in fine additum, à quo qua die, quo anno, & quibus præsentibus ea facta & adornata sit, ut apposité & in terminis responderunt

Marpurgenses apud Gœddeum *Cons. 27. n. 54. Vol. 3.*

11. Hierzu kombt 5.) daß die Testatrix diese ihre Disposition nicht nur eigenhändig unterschrieben / ejusmodi enim Testamentum, si non propriâ disponentis manu scriptum sit, ipsius tamen subscriptione firmatum esse debet;

L. hac consultissima. 21. §. 1. C. de Testam.

adeò ut ex veriori sententiâ subscriptio generalis sufficiat, haud verò specialis requiratur, cùm nec in Codice, nec in Recessibus Imperii posterior efflagitetur, idque tum quoad Testatorem

Wesenb. *Cons. 99. n. 5.*

Berlich. *part. 1. concl. 90. n. 11. & seqq.*

quam sententiam communem esse pronunciat,

Pantschmann. *lib. 2. quæst. practic. q. 1. n. 6.*

tum quoad Testes, ceu notabiliter tradunt

Manz. *de Testam. val. & inval. t. 4. n. 120.*

Brunnemann. *ad L. pen. qui test. fac. poss.*

12. Sondern auch durch den zu sich erforderten Notarium ein offenes Instrument darüber verfertigen / und solches weniger nicht mit seiner Unterschrifft und Notariat-Signet, als auch noch über diß mit zweyen Zeugen bekräfftigen lassen / quo casu licet Testatrix haud subscripsisset, tamen Testamentum valeret, cum nihil impediat, quo minus ad testantis mandatum tale à Notario perfici, & ut testamentum nuncupativum valere possit;

Gail. *lib. 2. Obs. 112. n. 15.*

Idque

Idque ampliant Interpp. licet non fuerit per Notarium lectum & publicatum, ut cum citatis tradit

Manzius *d. tract. tit. 3. q. 7. n. 17.*

Gleichwol weil 6.) ersagte von der Altmutter beschehene Unterschrifft vom Gegentheil zumal in keinen Zweiffel gezogen worden / auch nicht gezogen werden können / so ist dieselbe von solcher Würde / daß auch diesen Actum testandi durch zwey Zeugen zu bestärcken nicht einmal nöthig gewesen / ubi enim de subscriptione constat, nullus testium interventus & corroboratio efflagitatur; 13.

Hartmann. Pistor. *part. 1. q. 1. n. 4.*

Richter. *decis. 29.*

Nebst deme hat 7.) die Testatrix allein ihre Kind- und Kinds-Kinder auf eine gewisse Maas zu Erben eingesetzt / und dergestalt die hierbey erforderte sonderbahre Formalität in acht genommen / institutio siquidem heredis non pertinet ad Testamenti hujus privilegiati solennitatem probatoriam, verum potius ad formam substantialem; 14.

L. inter cætera. 30. de lib. & posth. hered. inst.

Covarruv. *ad cap. Raynutius. §. 1. n. 2. & 3. X. de testam.*

Hartm. Pistor. *lib. 1. q. 1. n. 12. & 13.*

eamque opinionem communem, multis etiam rationibus suffultam, & in judicando ac consulendo sequendam, contrariam verò jam dudum explosam & rejectam esse multis adductis probat

Richter. *Cons. 3. n. 22. part. 4. vol. 1.*

Und obgleich 8.) die Interpretes dahin schließen / quod institutio in Testamento inter liberos non debeat esse solennis, sed possit etiam per assignationem, sive divisionem, aut alia quæcunque verba institutionem inferentia perfici & in effectum deduci, 15.

Boërius *decis. 276.*

Dauth. *ad L. hâc consultissimâ. n. 34.*

So findet doch solcher Rechts-Schluß keinen Platz / quando substitutio obliqua sive fideicommissaria, ut hoc loco factum, in dispositione simul reperitur, talis siquidem limites nudæ divisionis prorsus egreditur, benè observante

Richtero *decis. 29. n. 7.*

16. Wiewohl auch 9.) von einigen Rechts-Lehrern dafür gehalten wird / es könne zwar dispositio paterna vel materna auf nepotes, jedoch anderster nicht / als wann selbige primum in successione gradum erlanget hätten / gezogen werden / welches sie zu beständcken vermeynen / per

L. ult. ibi: tamen pares videntur esse. C. fam. hercisc.

So stehet doch diese Meynung im geringsten nicht im Weg / weil tempore facti ab avia Testamenti des nepotis Vatter allbereit verstorben / und solcher Gestalt ihme dieser nepos allschon surrogiret / auch mit seines Vatters Geschwistern jure Repræsentationis in gleichem Grad gesetzt gewesen / welchen Falls ohne einigen Streit nepos cum patruis suis instituiret werden kan / cùm hâc ratione pares sint in succedendo, licet dispares gradu reperiantur, wie wol bemercket

Glossa *ad dict. L. ult. C. fam. hercis.*

17. Anjetzo nicht zu gedencken / daß andere mit mehrerem Nachtruck bestättigen / valere quoque Testamentum minus solenne inter liberos, qui primum successionis gradum haudquaquam tuentur, idque vel abinde, quòd

d. L. consultissima. 21. §. 1. C. de Testam.

sicut de parentibus ita etiam de liberis in infinitum loquatur, allermassen diesen beyschlägt und solche der Länge nach anführet

Hartmann. Pistor. *d. tit. 1. q. 1. n. 16.*

auch solches Dd. communiter zu behaupten bewehret

Carpzov. *J. For. part. 3. const. 4. def. 16.*

18. Sonsten scheinet 10.) dieser obwol solcher Gestalt stabilirten Institution annoch dieses im Wege zu liegen / daß alle und jede Kinder mit

mit ihren eigenen Namen zumal nicht benennet / und dadurch solche Einsetzung in einer unzuläßigen Ungewißheit gelassen worden / cùm nomina heredum in tali quoque Testamento ad evitandam incertitudinem atque errorem exprimi debeant, uti hoc Dd. communiter sentire, idque diligenter notandum esse inculcat

Gail. *lib. 2. Obs. 112. n. 12. & 13.*

multique alii applaudendo sequuntur,

Dauth. *ad L. Consultissima. n. 31.*
Vasquius *de success. creal. lib. 2. §. 20. n. 86.*
Maulius *de Ultim. Volunt. L. 1. tit. 12. n. 41.*

Sonderlich aber bemühet sich solches novissimè Manzius dahero mehrers zu bewähren / quòd pro formâ traditum sit à lege, filios nominatim instituendos esse, forma autem non possit per æquipollens, impleri, & propterea Testamentum corruat, si talis forma haud fuerit observata; 19.

dict. tr. tit. 6. de Inst. hered. n. 34.

Allein hierauf ist gründlich und mit Bestand zu wissen / daß nominalis liberorum expressio nicht in Benennung und Austrückung derer Vornahmen / sondern vielmehr in deutlicher und vornehmlicher Beschreibung der instituirten Persohnen / so daß deren Gewißheit daraus offenbahr gefast und erlanget werden kan / bestehe / conceptio siquidem institutionis per nomen generis facta idem operatur, ac si per nomen speciei sive individui facta esset, uti Ulpianus ad oculum demonstrat in 20.

L. 3. princ. & §. 1. de lib. & posth. hered. inst.
L. 3. §. 5. de inj. rupt. & irr. fact. testam.

Et liberi non saltem expresse, verùm etiam tacitè institui possunt, tradente eodem in

L. etiam. 3. §. 14. de bon libert.

Atque hanc sententiam conformiter probat

Cæsar. Argel. de Paltronibus *d. tr. q. 8. artic. 6. n. 46.*

itemque verbis accommodis & notabilibus tuetur

Richter. *Conſ. 419. n. 82. Vol. 2.*

uti ait: Und folget keines Weges / die Namen der Kinder sollen dem letz-Willen des Vatters eingesetzet werden / ergò müssen es eben die nomina propria seyn / sufficit enim demonſtrari heredem aliter, quàm nomine proprio. Et ſic deinceps.

Nun hat aber die Altmutter der Elter- und Groß-Elterlichen Kinder Meldung gethan / deren Exiſtenz, Zahl / und Beschaffenheit in loco Teſtamenti conditi dergestalt bekandt ist / daß dißfalls der geringste Zweiffel nicht übrig gelassen werden kan.

Und thut hieran die vom Manzio vorhin angeführte Grund-Re-
21. gul keine Hinderung / massen hierbey ein mercklicher Unterscheid zu machen inter ea, quæ diſpoſitionis perfectionem reſpiciunt, & illa quæ ambiguitatis & incertitudinis evitandæ causâ requiruntur. Quæ ſunt illius generis, formæ implementum per aliud æquipollens haud admittunt, benè verò quæ hujus, ut eſt inſtitutio per nomen generis, ſeu aliam quandam congruam demonſtrationem facta, rei enim ſatis demonſtrationem facta, rei enim ſatis demonſtratæ fruſtra adjicitur alia demonſtratio, ut hanc diverſitatem eruditè inculcat, ratione firmat, & late perſequitur

Ferdinandus Vaſquius *tract. de ſucceſſion. tom. 1. lib. 1. §. 4. num. 31.*

deinde limitant Interpp. hanc regulam, quando forma reſpicit certum effectum, quem per æquipollens virtualiter & eâdem facilitate poſſit conſequi, per eâ quæ cum Decio & Pariſio ingeminat

Scaccia *tract. de Commerc. §. 1. quæſt. 1. n. 151. & 152.*

Jam autem expreſſio liberorum tendit ad hunc effectum, ne quidam videantur præteriti, textu expreſſo in

princ. Inſt. de exhered. liberor.

quod

quod certè non fit, quando indubitabilibus signis, verbis, atque relationibus ad totam progeniem personæ liberorum significantur;

Richter. *d. loc. n. 85. & 86.*

Ob auch gleich 11.) die Altmutter in ihrem Testament Erwehnung gethan/es habe ihr der Großvatter bey Lebzeiten ernst- und bedächtlich anbefohlen / dergleichen Verordnung zu machen / so ziehet doch solches keinen gezwungenen und eingeschranckten Willen / sondern vielmehr eine in Rechten erlaubte Anreitzung nach sich / Krafft deren ein Ehegatt dem andern zu Aufrichtung einer Verordnung Anlaß geben kan/ per textum expressum in 22.

L. ult. si quis aliq. test. prohib.

Berlich. *p. 3. concl. 7. n. 39.*

Woran um so weniger zu zweifflen / weil der Großvatter bey seinem Hintritt auch zu der Zeit da die Altmutter in Aufrichtung eines Letzten Willens zumal nicht begriffen gewesen / sondern denselben allererst lang nach seinem Tod gantz freywillig zu Werck gerichtet / ingleichen auch niemand zum Nachtheil und Schaden / sondern vielmehr seinen Nachkommen zum besten sothanen Actum testandi ins Mittel gebracht/ cessat autem præsumptio metus, compulsionis & inductionis, quando maritus non ipso testandi actu, neque in damnum & perniciem alterius, verum potius familiæ & posterorum commodum uxorem ad actum testandi incitavit;

arg. *L. 1. & 3. quod met. caus.*

L. 7. in fin. und. lib.

Zumal da er auch selbigen auf ihre eigene Macht / und annoch habende Beherrschung aller Großmütterlichen Gütter austrücklich ausgestellet / nullam autem imperii & coactionis sapit speciem, quòd alterius potestati atque licentiæ relinquitur; 23.

cap. 1. §. 1. ubi Dd. de cens. in 6to.

quodque avia per se facere vel omittere potuisset;

L. ult. C. de pact.

24. Aus welchen Motiven und Gründen auch 12.) keine vom Groß-Vatter gethane Suggestion, allermeist da sie die Erben und Successores dem Notario selbsten eröffnet und bekannt gemacht / erzwungen werden kan / Testamentum siquidem ad suggestionem haud dicitur conditum, quando Testator proprio ore nominavit heredem ceu post Alciatum & Socinum tradit

Surdus *Consil. 414. n. 62.*

præcipuè, cùm jam tum suggestio dici non possit, nisi quæ in ipso actu intercessit;

arg. *L. 1. §. 21. de quæst.*

25. Neben diesem allen ist auch 13.) der hierbey fernerweit erforderten Formalität ein Genügen geschehen / daß gleich Anfangs dieser Disposition indictio, annus, mensis & dies exprimiret / darauf auch wiederum am Ende deroselben sich austrücklich bezogen worden / in Testamento siquidem inter liberos adjectio temporis partem substantiæ constituit, ejusque omissio vitium nullitatis inducit, cùm Testamentum alioquin pluries fieri, fidemque constantem facere non possit;

auth. *quod sine. C. de Testam.*

Idque Baldum, Paulum de Castro, Salicetum, & Doctores pariformiter sequi testatur, ipseque consulendo sequitur

Hondedæus *Conf. 66. n. 45. part. 1.*

multisque præjudiciis corroborat

Richter. *decis. 29. n. 19.*

26. Und ist so wenig nöthig gewesen / daß der gantze Umstand der Zeit am Ende wiederholet worden / sufficit enim si tempus vel in ipso contextu, vel in subscriptione expressum fuerit, ut benè

Richter. *d. loc. n. 21.*

præprimis cum in iis, quæ eodem fiunt tempore, ordo Scripturæ, & verborum transpositio haud attendatur;

L. 14. de pecul.

L. 28.

L. 28. de hered. instit.

cum ordo Scripturæ, ordinem juris & solennitatis mutare non possit;

Carpz. *J.F.p. 2. const. 33. def. 11. n. 5.*

Als wenig derselbe von der Altmutter selbsten bemercket und beygefüget werden sollen / alius enim cum tempus adjecit, & disponens subscripsit, perinde habetur, ac si ipsa avia tempus adjecisset, ceu itidem apposité suggerit

Richter. *ad d. loc. n. 22. sub fin.*

Wann aber 14.) ratione bonorum Rechtliche Untersuchung geschicht / ob nemlich die Altmutter von der gantzen Groß-Elterlichen Verlassenschafft / oder aber allein von deren Halbscheid testiren können / so will hierbey kein geringer Zweiffel vorfallen / indem mit des Großvatters Antheil nicht die Testatrix, sondern vielmehr die Kinder beerbfället worden / conjux siquidem superstes in quarto demum ordine, liberi vero in primo ad successionem vocantur, 27.

Nov. 118. cap. 1.

t. t. unde vir. & ux.

Richter. *de Success. ab intest. sect. 4. membr. 1. n. 3.*

Und obwohl die fast aller Orten eingeführte und in würcklicher Observanz gehaltene communio bonorum etwa fürgeschützet werden wollte / cùm negari nequeat, in tota ferè Germaniâ ejusmodi societatem connubialem inter conjuges servari, testantibus inter alios quoque 28.

Mevio *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. art. 5.*

Rosenthal. *de feud. cap. 5. concl. 67. n. 4. & seqq.*

Imò in omnibus ferè totius Europæ regnis receptam esse asseveret

Esbach. ad Carpzov. *Jurispr. forens. p. 1. const. 32. def. 20. ad n. 5.*

So ist es doch an deme / daß selbige in vielen Orten mehr usualis als patrimonialis seye / oder nicht so wohl die Gütter und deren Eigenthum

thum selbsten / als vielmehr deren Nutzbarkeiten betreffe / wie wohl in acht nimbt

Henelius ab Hennenfeld *in mantiss. de commun. bonor. adject. tractatui de Jure dotalitii. pag. 495. vers. quæ quidem pleraque.*

Auch wo gleich per Statuta & consuetudines dergleichen üblich / dannoch dieselbe zumahl nicht einerley / sondern nach jeden Orts Gelegenheit gantz andere und verschiedene Effecten nach sich zu ziehen pflege / allermassen mehrers bestärcket

Abrahamus à Wesel. *tract. de connub. bonor. societ. tract. 1. num. 100. & seqq.*

29. Könnte dann an Seiten der von der Altmutter instituirrten Erben erwiesen werden / oder wäre des Orts eine kundbare und undisputirliche Gewonheit eingeführet / Krafft deren die Ehe-Gatten nicht nur bey Lebzeiten alle Gütter nebst dem davon fallenden Gewinn und Verlust unter sich gemein haben / sondern auch der Uberlebende den andern völlig erbe / und sich dessen Erb-Antheils eigenthumlich anzumassen habe / wie nach Innhalt des Testaments der Groß-Vatter sich dessen verlauten lassen sollen / so würde auch dißfalls an sothaner Verordnung zumal nichts desideriret werden können / consuetudo enim, si controversa sit, probari debet;

L. 4. de custod. reor.

probata verò habet vim legis,

L. 32. de Legib.

adeò ut culpâ careat, qui ejus præscriptum sequitur, & dispositionem ei conformem adornat;

Cravett. *Cons. 6. n. 68.*
Sixtin. *Cons. Marp. 20. n. 19. vol. 2.*

30. Soviel weiter 15.) die dem Enckel substituirte übrige Kinder und deren rechtmäßige Erb-Folgere anlangt / so ist kein Zweiffel / daß selbige vermög des in diesem Testament enthaltenen Fideicommissi nach jenes

jenes vor einiger Zeit erfolgten tödtl. Hintritt sich dessen Erb-Portion anmassen können / und auch in diesem Stück selbiges abermal seine Richtigkeit habe / dann wiewohl sonsten unstreitbaren Rechtens / fideicommissi præsumptionem temerè capiendam non esse,

L. Lucius. 78. §. 2. ad SCt. Trebell.

L. quidam. 46. de hered. instit.

cùm fideicommissum onus sit, & eapropter probari debeat,

Bursatus *Cons. 51. n. 9.*

præcipuè, quia libertatem disponendi & alienandi infringit;

Menoch. *lib. 4. præs. 6. n. 3.*

So wird doch solches allein ad casum prorsus dubium restringiret. 31.
Allhier aber wird der Altmutter Will und Neigung / indem dieselbe in der Groß-Elterlichen Verlassenschafft nicht nur ihre übrige Kinder / sondern auch deren rechtmäßige Erb-Folgere dem nepoti substituiret / mit klaren Worten zu verstehen gegeben / certissimum autem fideicommissi argumentum inde apparet, quando substitutio in propriis disponentis bonis facta non ad unum, verum in plures, & quidem successivè directa reperitur, ceu communem Dd. scholam id approbare tradit

Mevius *part. 7. decis. 16. n. 10.*

hoc ipso siquidem indigitatur, quod hereditas ab uno alteri restitui debeat;

L. ubi purè. 19. §. 1. ad SCt. Trebell.

quæ mens Testatoris ad fideicommissum concludit, tametsi fideicommissi nomen non fuerit adhibitum,

Peregrin. *de Fideic. artic. 1. n. 48.*

Surdus *Cons. 241. n. 23.*

cùm concludentes & probabiles conjecturæ id ipsum quoque inducant;

Curtius Jun. *Cons. 54. n. 6. part. 1.*

Wesenb. *Conf. 94. n. 15.*

Besold. *Conf. 9. n. 66. part. 1.*

Idque notabiliter ampliatur, licet non verba precativa sed imperativa fuerint adhibita, cùm hæc habeant vim precativorum, quando voluntas Testatoris ad restituendum est directa, ut probat Jurisconsultus in

L. Lucius Titius. 88. §. 10. de leg. 2.

Vinn. *ad §. ult. Inst. de sing. reb. per fid. relict.*

32. Zumahl da selbige hierdurch 16.) beydes auf den Fall / wann der Enckel das vätterliche Antheil und Quotam allbereit ererbet / als auch nachgehends wiederum mit Tod abgangen / ihre Absicht gerichtet hat / quando autem verba ad casum aditæ hereditatis, & postmodum subsecutæ mortis referuntur, tum alia quàm fideicommissaria substitutio subintelligi nequit, ceu ingeminat laudatus

Mevius *d. part. 7. decis. 16. n. 6.*

add. Besold. *Conf. 27. n. 4. part. 2. & Conf. 217. n. 1. & 2. part. 5.*

Maulius *tr. de fideicomm. univers. tit. 1. n. 32.*

33. Welches 17.) desto mehr Platz findet / weil selbigem quocunque tempore, wann er in seiner Minderjährigkeit oder sonsten künfftig ohne Hinterlassung rechtmäßigen Erben versterben würde / und dergestalt compendiosè substituiret worden / evidentis autem & tralatitii juris est filio pubertatem egresso in casum mortis, vel quandocunque decesserit, aliter quàm per fideicommissum substitui non posse;

Maulius *dict. tit. 1. n. 23. vers. tertia conjectura.*

Brunnemann. *Conf. 3. n. 40.*

34. An welchem allem 18.) desto weniger zu zweifflen / weil auch in dergleichen Testamentis privilegiatis inter liberos Clausula Codicillaris, & quidem ob singularem eorum favorem tacitè & virtualiter begriffen und verstanden wird / wie solches in terminis beydes antiquiores & recentiores behaupten

Alexander Tartangus *Conf. 105. n. 6. lib. 7.*

Wesenb.

Wesenb. *Conf. 29. n. 46. part. 1.*
Ludovic. *decis. Perusin. 2. n. 31. & 32. part. 1.*
Matth. de Afflict. *decis. 144. n. 3.*
Carpzov. *lib. 6. tit. 5. Resp. 43. n. 9.*

Dannenhero denen Substitutis dessen Erb-Antheil / so er allbereit adeundo erhalten / anders nicht / als wann selbiges in Codicillis verlassen worden / angedeyhen muß;

arg. *L. 76. ad SCt. Trebell.*

Und da sonsten ordinariè ex legum præscripto ad subsistentiam Codicillorum fünff Zeugen erfordert werden;

L. ult. §. ult. C. de Codicill.

So werden doch die ex clausulâ codicillari entspringende Effecten zur Gnüge salviret / wann nur bloßhin zwey Zeugen zu dergleichen Testamento paterno vel materno gebrauchet worden;

Hartmann. Pistor. *lib. 1. q. 2. n. 23.*

Indem doch 19.) die Testatrix die überlebende Kinder substituiret / 35.
so ist hieraus zu schliessen / daß nicht nur masculi, sondern auch fœminæ sothanen fideicommissi fähig werden können / cùm liberorum appellatio ad utrumque sexum in infinitum porrigatur;

L. 1. C. de Cond. insert.
Maulius *tr. de fideic. univers. tit. 6. n. 37.*
Menoch. *lib. 4. præs. 84. n. 25.*

Allermeist da auch deren Erb-Folgern Erwehnung geschehen / ex propriâ autem significatione verbum heredis tam masculos quàm fœminas complectitur.

Klock. *Cons. 7. n. 473. tom. 3.*

Und hindert nicht / daß dieselbe Stamms-weiß einander succediren 36.
sollen / massen hierdurch nicht agnatio sive familia, sondern allein ordo succedendi naturalis & Jure Civili comprobatus zu verstehen gegeben wird / daß alle Kinder und Erben juxta gradus prærogativam succediren sollen / quando enim plures sub nomine collectivo veluti

liberorum ad fideicommissum vocantur, videntur non simul vocati, sed eò ipso ordine, qui in successione intestati servaretur;

Brunnemann. *ad L. ult. C. de V. S.*

Cùm Testator semper præsumatur proximiores præ remotioribus vocâsse, & hoc ipso Legum dispositioni sese conformare voluisse;

Carpz. *J. F. p. 3. C. 9. def. 17.*

37. Woran desto weniger zu zweifflen / weil sie keine masculos substituiret / noch sonsten einige Redens-Arten gebrauchet / woraus ein anders geschlossen werden könnte / cùm enim in fideicommissis voluntatem magis, quàm verba intueamur;

L. 127. de Legat. 1.

Sanè illa voluntas retinenda, quam verbis expressit, quando de aliâ non apparet;

Besold. *Cons. 263. n. 11. part. 6.*

Quæ enim ipsa Testatrix non addidit, nobis addere non licet,

L. unic. §. 1. C. de cod. toll.

cùm voluntas facti sit, quæ aliunde suppleri non potest;

L. 12. §. 2. de capt. & posth. revers.

Zumal da alle und jede Conjecturen / so sonsten fideicommissum familiæ ex Interpretum doctrinâ unterstützen / allhier im geringsten nicht appliciret werden können / wie solche weitläufftig anführet

Peregrinus *de fideic. artic. 25. n. 15. & seqq.*

38. Gleichwie dann solcher Gestalt die Validität dieser Letzten Willens-Verordnung sattsam bewähret und gezeiget worden / also ist auch 20.) es an deme / daß der Enckel durch eine anderwärtige Disposition dieselbe keines Weges unterbrechen / oder sonsten etwas verfängliches dagegen vornehmen können / eo ipsò enim, quo aviæ hereditatem adiit, quasi contractum de præstando fideicommissò iniisse censetur, ex quo validè se obligavit ad fideicommissum sanctè servandum, ita ut fideicommissarii eveniente conditione idipsum perse-

qui

qui & vindicare possint;

Klock. *Cons. 103. n. 54.*

Peregr. *d. tr. art. 45. n. 13.*

quantumvis enim hi ante factam restitutionem nullum jus habeant in bonis fideicommisso subjectis,

L. 1. L. 37. pr. ad SCt. Trebell.

id tamen notabiliter fallit, quando heres fiduciarius jam adiit & nullo herede relicto decessit, ut benè inculcat

Maulius *de fideicomm. univ. tit. 9. n. 6. vers. secundus casus.*

Ja wann gleich der Enckel bey Lebzeiten partis suæ proprietatem behält / so ist doch selbige cum onere fideicommissi beschwehret gewesen;

L. 15. de aur. & arg. legat.

Nach dessen Hintritt aber ist solcher Eigenthum gäntzlich erloschen / und dessen Erb-Portion anders nicht / als res aliena zu halten / gestalt auf solche Art gleichfalls schliesset

Klock. *Cons. 9. n. 4. tom. 4.*

Und dieweil letzlich und 21.) der Frater uterinus von denen voll- 39.
bürtigen Kindern der verstorbenen Großmutter allerdings ausgeschlossen wird / er auch mit selbigen jure Repræsentationis zumal nicht zugelassen werden kan / fratri siquidem germano succedere nequit uterinus, quando de ascendentis cujusdam successione agitur, & ex hujus parte adsunt liberi germani, tanquam nepotis prædefuncti patrui

Novell. 118. cap. 2.

auth. *defuncto. C. ad SCt. Tertull.*

Carpzov. *J. For. p. 3. c. 17. def. 5.*

So kan er sich so wenig der Groß-Elterlichen Verlassenschafft anmassen / als wenig er berechtiget seyn mag / sothanes der Altmutter Testament auf einige Weise zu impugniren und anzufechten / frustra siquidem

 quidem

quidem Testamentum evertere nititur, cui nulla spes ab intestato sucedendi est relicta;

arg. *d. Novell. 118. cap. 3.*

QVÆSTIO SECUNDA.

40. Und eben hieraus erlangt auch die Zweyte Frage ohnschwer ihre Abfertigung / dann wird dem Fratri uterino durch die vollbürtige Kinder der Weg zu deren Groß-Elterlichen Vermögen nicht nur vi hujus Testamenti, sondern auch sonsten ab Intestato dergestalt verleget / daß er nicht einmal in Petitorio, zu geschweigen dann in Possessorio sich eines obsiegigen Ausschlags zu getrösten / so findet sich von selbsten / daß ihme vermittelst der von seinem Vatter bloßhin administratorio nomine an Interessen und Pfächten gethane Erhebungen auch auf gleichmäßige Art zur Hand gebracht / durch gesehenen / und bey sich behaltenen Briefschafften / wie nicht weniger einiger in der Kirchen verwarlich gehaltener / und von ihme eigenmächtig erhobener Mobilien zumal kein Besitz recht hieran / weniger an dem gantzen Erbfall zugewachsen seye; Quantumvis enim ad fundandam possessionis apprehensionem factum ipsum, non verò justitia facti attendatur;

Posthius *decis. 555. n. 1.*
Mevius *part. 5. decis. 177. n. ult.*

adeò ut possessio juri etiam communi repugnans attendi,

cap. cum personæ. 7. de priv. in 6to.
Schurff. *Cons. 27. n. 5. cent. 3.*

& prædo in eâ defendi debeat;

cap. in literis. 5. X. de restit. spoliat.

cùm justitia non ingrediatur essentiam possessionis,

L. 2. uti possit.

hæc tamen omnia nil efficiunt, quando in continenti, evidentissimè

ſimè & ex apertis juris viſceribus apparet poſſeſſionem ſine ullâ juſtâ causâ, titulo atque ſuſtentaculo occupatam eſſe, talis enim non eſt manutenibilis, ſed ſubitò caſtanda atque revocanda, ut in terminis comprobat

Poſth. *tr. de Manut. Obſ. 42. n. 137. 146. & 153.*

improba ſiquidem poſſeſſio firmum poſſidenti præſidium præſtare non poteſt;

L. improba. 7. C. de Acq. vel. ret. poſſeſſ.

& ex poſſeſſione apertè vitiosâ, ac contra adverſarium illicitè captâ nemo compendium reportare debet;

Poſth. *d. loc. n. 164.*

Riminald. *Conſ. 684. n. 26.*

Nun iſt aber ſothaner vom Fratre uterino ergriffene Beſitz von dieſer 41. Qualität und Eigenſchafft / dann indem ſein Vatter bloßhin adminiſtratorio nomine ſelbige erhalten / ſo können nach des Enckels als Pfleg-Sohns erfolgten tödtlichen Hintritt alle die ergriffene Stücke deſſen ſubſtituirten rechtmäßigen Erben keines Weges vorenthalten werden / qui enim nullam cauſam allegare poteſt, ex qua ſit heres, is plus vice ſimplici pro poſſeſſore poſſidet, & eapropter citra ullam moram res temerè poſſeſſas reſtituere debet,

L. 11. §. 1. L. 12. de hered. petit.

Bey welchen Gründen und Umbſtänden auch vergeblich de poſſeſſo- 42. rio ex parte fratris uterini fundando geredet wird / quando enim de petitorio luculenter conſtat, tum fruſtra diſceptatur de poſſeſſorio, ut apertè firmat Pontifex

cap. cum dilectus. 6. X. de cauſ. propr. & poſſeſſ.

cùm dilucida & clara petitorii cauſa ſubſidium poſſeſſorii penitus abſorbeat;

Cœpoll. *Conſ. 59. n. 12. lib. 1.*

eâque de causâ judex etiam miſſo poſſeſſorio ſuper petitorio pronunciare debeat;

Natta

Natta *Cons. 289. n. 11.*
Cravett. *Cons. 248. n. 5.*

43. Wiewol nun kein Zweiffel / daß bey so bewandten Dingen für die Appellaten in Petitorio gesprochen werden muß / so scheinet doch ihre Sache in Possessorio in etwas schwehr zu machen / daß sie Fratre uterino non audito nec citato decretum immissionis in primâ Instantiâ erlanget / fideicommissarium siquidem heredem non sublevat possessio, quam authoritate Judicis citra causæ cognitionem & partis adversæ citationem obtinuit, ut apertè tradit

Ludovic. *decis. Perusin. 47. n. 22. part. 1.*

44. Indem aber durch das Altmütterliche Testament jus fideicommissariorum offenbar unterstützet / fratris uterini intentio aber beydes in Petitorio & Possessorio vernichtet wird / so ist Judex primæ Instantiæ, auch ohngehört des Appellanten / ersagtes Decretum zu ertheilen befugt gewesen / wie solches appositè & in terminis terminantibus darthut

Hondedæus *Cons. 28. n. 30. part. 2.*

cùm immissio quidem tertio nequaquam præjudicet in nostris verò terminis fratri uterino tùm ex legum præscripto, tùm ordine naturæ excluso obicem ponat,

arg. *L. 2. C. quor. bonor.*
Nov. 118. c. 3.

45. Und wird es dahero auch in Instantia secunda bey sothanem Decreto lediglich gelassen werden müssen. Kan dann bey diesen allen so starck vortringenden der Frater uterinus keiner Possession, in denen Zeitwährender Administration von seinem Vatter erhaltenen Stücken prætendiren / wie viel weniger wird er dadurch den Besitz der gantzen Erbschafft inferiren und erzwingen können / bevorab da ohnedem juxta veriorem sententiam ex rerum nonnullarum hereditariarum apprehensione cæterarum non apprehensarum possessio zumal nicht angedeyhen kan / wie post Glossam, Jasonem, Baldum & alios in terminis behaupten

Mynsing.

Mynsing. *cent. 3. obs. 39.*

Angesehen / quod juris quidem restitutio, quæ vi SCti Trebelliani fit, ad totam hereditatem trahatur, quando unam rem possideri passus est heres;

L. 37. princ. ad SCt. Trebell.

Nequaquam verò possessio, quatenus in facto consistit, & realem apprehensionem desiderat,

arg. *L. 30. de Usucap.*

Uberdiß ist zwar hereditas species universitatis, quatenus efficienter & ratione tituli consideratur, nequaquam verò, si ratione 46.
objecti & rerum in ea contentarum, hæ enim cùm sint variæ & distantes, singularum possessio atque apprehensio desideratur, ut apertè Pomponius in

d. L. 30. in fin. de Usucap.

Idque nullum habet dubium in remedio adipiscendæ possessionis, de quo hîc agitur, licet aliter in remedio recuperandæ possessionis, sese rem habere asseverent, uti videre est apud

Klock. *Cons. 1. n. 17. tom. 2.*

QUÆSTIO TERTIA.

Die Dritte Frage betreffend / alldieweil die Großmutter die übri- 47.
ge Kinder und Kinds-Kinder ihrem Enckel / Falls selbiger ohne Leibes-Erben mit Tod abgehen sollte / fideicommissariè substituiret / und dann solcher Fall sich nachgehends zugetragen / so ist dadurch dominium omnium bonorum hereditariorum ipso jure auf die heredes fideicommissarios devolviret / und dadurch verbalis restitutio, so sonsten in fideicommissis erfordert wird /

L. 37. princ.
L. 63. pr. ad SCt. Trebell.

Zumahl nicht nöthig gewesen / allermassen solches auch allbereit sub Rat. Decid. 20. ad quæst. 1. berühret und gezeiget worden.

Und kan deßwegen ihnen ihr Erb-Recht / indeme das Testament allerdings ohne Mangel und untadelhafft ist / im geringsten nicht zweifelhafftig gemacht / sondern muß vielmehr / wann sie dißfalls petitionem hereditatis fideicommissariam anstellen wollen / per sententiam declariret / und ihnen restitutio rerum à fratre uterino occupatarum zuerkandt werden /

Maulius *tr. de fideic. univers. tit. 9. n. 32. vers. tertius casus est.*

Tabor. *ad Colleg. Argent. tit. de fideic. hered. petit. n. 2.*

Welches allhier desto mehr statt findet / weil sich selbiger zu des Enckels Erb-Portion als ein vermeinter Erbe mitziehen / und denen Appellaten die erhaltene Immission streitig machen will / cùm dicta actio contra eos, qui pro herede vel possessore possident, haud dubiè dirigi soleat;

L. 2. de fid. hered. petit.

Und wird dieses Remedium petitorium mit und beneben dem allschon ergriffenen Remedio possessorio ex

L. ult. C. de Ed. div. Hadr. toll.

gar wohl und füglich angestellet werden können / cùm juxta ductum Juris Canonici, nec non observantiam Trituræ forensis, remedia petitoria & possessoria adipiscendæ possessionis benè conjungi & cumulari possint,

cap. 6. X. de caus. propr. & possess.

Christinæus *vol. 4. lib. 8. tit. 1. def. 130. n. 4. & 5.*

48. Und hindert nicht / daß die Appellaten allbereit würcklich à Judice à quo in sothane des Enckels Erb-Antheil immittiret worden / und derstalt nicht so sehr pro adipiscenda possessione

ex d. L. ult.

quàm potius retinendâ ex interdicto uti possidetis militiren / cum appel-

appellatione interpositâ quis in possessione sit defendendus,

Clem. *2. lit. pendent. &c.*

certi autem juris sit, quod remedium petitorium cum possessorio retinendæ ob contrarietatem horum judiciorum cumulari non possit;

Carpz. *J. For. p. 2. const. 7. def. 9. n. 10. & lib. 1. Resp. 71.*

Massen in præsenti specie frater uterinus nicht bloserding ab immissione juxta

dict. L. ult.

decretâ appelliret hat / welchemfalls von Rechtswegen zumal keine Appellatio zugelassen wird / allermassen anführet

Cacheranus *decis. Pedemontanâ. 25. n. 9.*

und selbigem beyschlägt

Mevius *p. 2. decis. 282. n. 1.*

Sondern suchet vielmehr neben der Immission auch das Testament selbsten zu impugniren und der Testatricin potestatem testandi zu bestreiten / in welchem Fall gleichwie die Appellatio zuläßig ist / also auch das Judicatum allerdings dadurch suspendiret / ja gleichsam extinguiret wird / wie eruditè in acht nimbt und Decidendo behauptet

Mevius *d. loc. n. 3.*

Wozu auch kombt / daß / wann gleich die Immission in ihren Kräff- 49.
ten zu erhalten / dannoch offt-erwehntes Remedium

ex *L. ult. C. de Ed. div. Hadr. toll.*

bloßhin ad obtinendam possessionis confirmationem wohl cumuliret und instituiret werden könne / wie nachtrücklich bestärcket und dißfalls magnum Doctorum consentientium cumulum anführet

Cæsar Argelus de Paltronibus *tract. de remed. d. L. ult. qu. 16. art. 2. n. 4. seqq.*

Im übrigen findet sich gar ohnschwehr / daß dick-berührter Frater ute- 50.
rinus detractionem Quartæ Trebellianicæ zumahl nicht anheischen /

noch dißfalls einige de facto apprehendirte Stücke und Gütter denen substituirten Kindern vorenthalten könne / Gestalt dergleichen Detractio allein den jenigen / welche vom Disponente zum Erben eingesetzet/ und mit einem Fideicommisso graviret worden / zu gut kombt;

§. 7. I. de Fideic. heredit.

51. So wenig aber die Großmutter denselben titulo heredis fiduciarii bedacht / und ihme restitutionem bonorum committiret / so wenig wird auch einiger Grund zu dieser rechtlichen Anlage seiner Seits zu legen seyn / qualitas siquidem dispositionis ubi deficit, ibi etiam ipsa deficit dispositio;

Surdus *Cons. 400. n. 16.*

& ubi cessat onus fideicommissi, ibi quoque emolumentum Quartæ cessare necesse est;

L. si per fideicommissum. 3. C. ad SCt. Trebell.

quem enim disponens non onerat, cum nec honorare velle censetur;

L. 21. §. ult. de Legat. 1.

cùm onus & lucrum judicentur ad paria & uno cessante cessare debeat & alterum,

L. 10. de R. J.
L. 1. ad L. Rhod. de jact.

Idque onus non saltem imponitur, si Testator roget dari, verùm etiam si proximè successuro nihil adimat;

L. 1. §. pen. de Leg. 3.

cum eo ipso videatur dare, quo patitur, apud illum successionem manere,

Maulius *de fid. univers. tit. 3. n. 1. & 12.*

52. Und wann demnach diese beyde remedia fideicommissaria nempe hereditatis petitio, und beneficium

L. ult. C. de Ed. div. Hadr. toll.

derge-

dergestalt cumuliret werden / so ist kein Zweiffel / daß die Appellati sich eines obsiegigen Ausschlags zu erfreuen haben werden / wann auch gleich das Altmütterliche Testament, welches doch nicht seyn kan / solte enerviret werden können / so könte jedennoch Frater uterinus als Appellans weder in Petitorio weder in Possessorio seine zur Hand genommene Appellation unterstützen / und zu einem erwünschten Effect hinaus führen / indem solchen Falls der Weg successioni ab intestato nothwendig eröffnet würde / welchen Falls Frater uterinus denen vollbürtigen Kindern allerdings weichen / und sich seiner Ansprach begeben muß;

Nov. 118. cap. 3.

QUÆSTIO QUARTA.

Was die Vierdte und Letzte Frage anlangt / alldieweil 1.) die 53. Mutter bey ihrer anderwärtiger Verheyrathung sich von ihrem Enckel dasigem Stadt-Brauch nach abgetheilet / und ihme 370. Reichs-Thaler zur völligen Ablag versprochen / worvon ihme billig der völlige Eigenthumb zukommen müssen / talis enim separatio & assignatio eum habet effectum, ut quod datum vel promissum, hereditariæ portioni imputetur, & non saltem proprietatem, verum etiam usumfructum liberis tribuat, ut pluribus firmat

Cothmann. *Resp. 6. n. 8. & seqq. Vol. 3.*

cum hâc ratione pro dissortibus atque extraneis reputentur;

Mevius *ad Jus Lubec. part. 2. tit. 2. artic. 33. n. 117.*

Gleichwol aber 2.) der Stiefvatter mit und nebst allen ihme zu- 54. gebrachten Paraphernal-Güttern auch dieses dazu gehörige Capital genossen / und darvon alle Nutzbarkeiit geschöpffet / omnes siquidem fructus bonorum paraphernalium lucro mariti cedunt,

Arisminus Tepatus *tit. 457. decis. cap. 3.*

Berlich. *part. 2. concl. 11. n. 66.*

etiam muliere invitâ

Menoch. *lib. 3. Præs. 9. n. 19.*

55. Und dann 3.) der Enckel sothanen Genoß ihme zu gönnen zumal nicht schuldig gewesen / cùm nemo cogi possit, ut alteri prosit, rerumque suarum compendia, alienis usibus relinquat;

L. 2. §. 5. de aq. pluv. arc. act.

quantumvis enim Vitrico eadem reverentia, quæ Matri debeatur;

§. 7. Inst. de nupt.

ob hanc autem alimenta novercæ præstanda esse nonnulli concludant, hoc tamen nonnisi in subsidium, & quando ea non habet unde vivat, admittitur, ut bene

Burckardus Berlich. *tract. de Jur. Noverc. part. 2. artic. 3. sect. 8. n. 980.*

quod & ante eum sensit

Surdus *tr. de Alim. tit. 1. q. 40.*

extra casum autem hunc extraordinarium ad alia nequaquam porrigitur, præprimis cum certo quoque jure proditum sit affinitatis ratione successionem & proinde & alia commoda nequaquam vitrico deberi;

L. 3. L. 7. C. comm. de success.

56. Bevorab da 4.) derselbe dem Stief-Vatter Kost-Geld geben / und Kleider auch andere Nothdurfft bezahlen müssen / cùm enim beneficium detur propter officium;

L. 52. §. 1. C. de Episc. & Cleric.

certè non debetur illi, qui tale non præstitit, imo quem nimiam potius rigoris censuram in repetendis alimentis exercuisse ad oculum apparet;

arg. *L. 15. C. de neg. gest.*

L. 9. pro dot.

Verum

Verum equidem, quod Vitricus animum repetendi alimenta semper habere censeatur; 57.

d. L. 15. C. de negot. gest.
Surdus *d. tr. tit. 6. q. 11. n. 4.*
Carpzov. *J. For. p. 2. const. 10. def. 25.*

licet animum donandi potius eidem tribuere præsumat,

Comenatius *lib. 2. sing. cap. 6. n. 3.*

attamen in præsenti casu, ubi Vitricus nepotis portionem hereditariam usibus suis applicavit, pietas & humanitas aliud ipsi imposuit;

eâd. L. 15. C. de neg. gest.

Welche harte Exaction 5.) der Enckel wol vermeiden / die Zahlung denegiren / und ihn objectâ compensationis exceptione abweisen können / qui enim ordinariè alimentorum repetitioni redditur obnoxius, licitè ea cum usuris ex sorte sibi debitâ præstandis pro concurrente quantitate compensare potest, ut in terminis suggerit, & ita decisum esse refert 58.

Mevius *part. 4. decis. 318. per tot.*

Durch sothane abgestattete Zahlung sich dannoch 6.) nicht præjudiciret / cùm is, qui compensationem objicere potest, si eam negligat & solvat, solutum tanquam indebitum condicere possit; 59.

L. 10. §. 1. de compens.
L. 30. de cond. indeb.
Tuldenus *ad tit. C. de compens. n. 6.*

Allermeist da 7.) dem Stiefvatter zu verstehen gegeben worden / daß man von ermeldten Ablags-Geldern behörige Pensionen verlange und begehre / cùm enim jam tùm nemo suum jactare velle censeatur; 60.

L. 25. princ. de probat.

& renunciatio juris quæſiti tanquam ſpecies alienationis haud præſumatur;

Cephalus *Conſil. 605. n. 2. vol. 4.*

Sanè tantò minus ea præſumenda, quando quis actum cum ea incompatibilem, ut eſt interpellatio pro ſolvendis uſuris, *interponit*,

arg. *L. 29. §. 1. de pecul.*

Cardinal. Tuſch. *tom. 2. Concl. 1011.*

Als iſt kein Zweiffel / daß gleichwie der Stiefvatter die Alimentations-Gelder ſich bezahlen laſſen / alſo auch er vor erwehnte Ablags-Gelder der Rechts-üblichen Obſervanz nach verpenſioniren / oder was ihme an jenen bezahlt worden / nach Proportion ſothaner Penſionen wieder heraus geben müſſe.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XLV.

An pupillis habitationes à Tutoribus cum decreto Magiſtratus abſque inevitabili tamen neceſſitate & cauſæ cognitione diſtractas, pretioque in ipſorum utilitatem haud converſo, vindicare liceat?

Ob Pupillen die von ihren Vormündern mit Obrigkeitlicher Bewilligung jedoch ohne tringende Noth oder Untersuchung der Sache veräusserte Hof-Raithe/ da der Kauf Schilling in ihren Nutzen nicht verwendet worden / einzuklagen berechtiget?

SUMMARIA.

1. *Habitationes ceu ruinæ atq; incendio ſubjectas ſatius eſt à Tutoribus diſtrahi & pretium inde diſtractum in utilitatem pupillorum converti.* vid. tamen. num. 17.
2. *Non ſolùm ob neceſſitatem ſed etiam utilitatem decretum juſtè interponitur. Transactio ſuper alimentis etiam ſine decreto valet, quando tranſigens conditionem ſuam reddit meliorem, quod & in Eccleſiâ ac minore obtinet;* jung. n. 18. & 19.
3. *Pro judicis decreto in negotio minores concernente quænam ſtet præſumptio?*
4. *Exceptionem Decreti ſub- & obreptitiè obtenti aſſerenti probare incumbit, ac pro Judicis Sententiâ ſemper præſumitur.*
5. *Interventus Propinquorum omnem doli præſumptionem excludit & negotium in utilitatem Minorum celebratum eſſe arguit.* vid. tam. n. 22.
6. *Minores contra eos duntaxat, cum quibus aliquid geſſerunt,* haud

haud vero si res distracta est, restituuntur.

7. *Habitatio cum suis pertinentiis quando vendita & ejusdem dominium translatum censeatur?*

8. *Fide de pretio habitâ dominium nihilominus transfertur, idq; quomodo fieri censeatur?*

9. *Judex Tutoribus vel Curatoribus non statim credere, sed parentes potius desuper audire debet.*

10. *Prædia Minorum ob solum utilitatis prætextum, ac nisi æs alienum urgeat, alienari haud debent, quod ampliatur.*

11. *Nec prætextus futurorum contingentium damnosam Minoribus alienationem velare potest.*

12. *Decretum alienandi ob causam erroneam concessum pro irrito reputatur, in tantum, ut Minores rei vindicatione, id quod distractum utiliter repetere valeant, nec remedio restitutionis opus habeant, pretium tamen restituere teneantur.*

13. *Nec contra per mutationem ex postfacto subsecutam juventur.*

14. *Decretum non validatur per sententiam, quâ alienatio valida pronunciata;*

15. *Minores hoc ipso læsi censentur, quando rebus suis destituuntur, adeò ut etiam interesse affectionis prodesse possit, licet res alienata in manus tertii pervenerit.*

16. *Sententia contra minores lata corruit, quando causa devia est subnixa.*

17. *Contraria supra num. 1. adducta diluuntur.*

18. *Transactio super alimentis intuitu solius utilitatis facta, cur singulari favore nitatur.*

19. *Bona Minorum solummodo ob urgens æs alienum, Ecclesiæ autem ob evidentem utilitatem alienari possunt.*

20. *Præsumptio pro Judice militans invalidatur, quando nulliter quicquam egisse animadvertitur.*

21. *Luculenta causa probatione non indiget, quando nullitas apparens notorium inducit.*

22. *Corruente alienationis decreto propinquorum etiam approbatio intercidit, & in quonam officium eorum consistat.*

23. *Fundus minus legitimè alienatus*

tus etiam secundo possessori auferri potest. 24. *Quando Minor restitutionis beneficio excidat.*

SPECIES FACTI.

Es hat Johann Ebert W. von A. Ambts N. sich mit Annen Elisabethen / Hanß H. Tochter daselbsten ehelich eingelassen / und beygehende Pacta Dotalia sub num. 1. errichten lassen / nach deren Innhalt und besonders §. Nachgehends rc. ist ersagtem Johann Ebert W. von seinen Geschwistern die Hof-Raithe pro 250. fl. erb- und ewiglich überlassen worden; Welche verglichene Summ der 250. fl. sie beede Ehe-Leute auch denen Geschwistern biß auf 115. fl. bezahlet und abgeleget; Es hat sich aber begeben / daß ermeldter Johann Ebert W. (welcher viele Jahre in Ungarn als ein Soldat unter des damaligen Herrn Hauptmann R. anvertrauten Compagnie in Kriegs-Diensten gestanden / und seine Frau und Kinder in sothaner Hof-Raithe geblieben / auch alle Beschwehrungen und Kriegs-Last überstanden und abgetragen /) mit Hinterlassung zwey Söhnen / so er mit ermeldter seiner Haußfrauen Annen Elisabeth erzielet / dieses Zeitliche geseegnet / und dessen hinterlassene Wittib post annum luctus effluxum sich an einen Wittwer / Namens Johannes R. (welcher ebenfalls im Monath Martio dieses Jahrs mit Tod abgangen) verheyrathet / und in hoc secundo matrimonio ersagte Hof-Raithe zwar verlassen / jedoch aber ihren in erster Ehe erzielten Kindern deren Eigenthum jedesmalen vorbehalten / auch sich erbotten die restirende hundert Gulden theils von ihren proprien, theils auch von ihrer Eheleiblichen Kindern bereitesten Mitteln allerdings abzutragen / und ihres ersten Ehemanns seel. Geschwister dißfalls Klagloß zu stellen / damit denen Kindern sothane Hof-Raithe jedesmalen beybehalten werden möge / welche gute Mütterliche Intention und Vorsorge aber keines Weges approbirt werden wollen / indeme der Kinder verordnete Vormundere dafür halten wollen / daß denen Pupillen besser gerathen wä-

re / wann ernannte Hof-Raithe / so sub prætextu eines Brands und sonsten leichtlich ruiniret werden könnte / losgeschlagen und verkauffet / auch das Kauf-Geld ihnen zum besten angeleget würde; Gestalten dann ermeldte Vormundere non obstante contradictione matris ad sub- & obreptitiè obtentum decretum alienandi, sich unternommen / *obigersagte* Hof-Raithe ohne Noth in præjudicium Pupillorum zu veräußern.

QUÆSTIO.

Wird dahero gefraget: Ob ernannten Johann Ebert W. hinterlassene Kindere / deren der ältere allererst das siebenzehende Jahr seines Alters erreichet / die von ihrem Vatter seel. herrührende / und demselben von seinen Geschwistern erblich überlassene / von der Pupillen Vormündere aber alienirte Hoff-Raithe / ohngehindert / daß das Decretum Judicis interponiret / gleichwohl aber selbige ex inevitabili necessitate & cum causæ cognitione nicht verkauffet / weniger das pretium in der Pupillen kundbaren Nutzen und zu deren Besten verwendet worden / zu vindiciren und einzuklagen berechtiget seyen / auch wie denenselben nach rechtlicher Anleitung gegen den vom Keller zur N. gegebenen Bescheid sub n. 3. remediret werden könnte?

RESPONSUM.

Als dem Hoch-Fürstl. Sambt-Hoff-Gericht zu M. vorstehende Facti Species nebst einer daraus gezogenen Frage sambt dreyen Beylagen zugeschickt und dessen Rechtliches Gutachten darüber erfordert worden / so ist selbige collegialiter verlesen / mit behöriger Sorgsamkeit erwogen / und nachfolgendes cum Rationibus Dubitandi & Decidendi begleitetes nachrichtliches Responsum darauf ertheilet worden.

RATIO-

RATIONES DUBITANDI.

SOviel dann die angeführte Frage betrifft / so mögte fast nicht unscheinlich dafür gehalten werden / als wann Johann Ebert W. hinterlassene zwey Söhne zu A. die von ihren Vormündern mit Einwilligung und Geheiß des Schultheisen allda verkauffte und dem Käuffer fernerweit vertauschte Hoff-Raithe einzuklagen keines Weges berechtiget / sondern es bey dem vom Keller zur N. den 2.ten Maji dieses Jahrs in dieser Sachen ertheiltem Bescheid allerdings zu lassen seye; Und zwar dieses dahero / weil 1.) ersagte Vormündere sothane vorgehabte Veräußerung auf den Fuß gestellet / es seye diese denen Kindern vorträglicher / weil die Hoff-Raithe durch allerhand Zufälle ruiniret / oder wohl gar durch eine ohnversehene Feuers-Brunst ergriffen und consumiret werden könte / welche Ursach dann denen Rechten ähnlich und der Vormünder Pflichten gemäß zu seyn scheinet / cùm enim habitationes ruinæ atque incendio facilè sint subjectæ, ceu hoc ipsum in puncto alimentorum pro dubio obmovet oratio divi Marci 1.

in *L. cùm hi. 8. §. ult. de Transact.*

Satius videtur esse eas distrahere, & pretium inde redactum vel fœnori collocare, vel in prædii fertilioris emptionem convertere tutores;

arg. *L. tutor. 7. §. 1. & 3. de adm. & peric. tut.*

Idque exemplo molendinorum super flumine positorum, quæ à tutore sine solennitate possint alienari, eò quod ob aquarum impetum sint in periculo totalis destructionis, cùm multa concedantur ob periculum, quæ aliàs non concederentur, & metus periculi sæpius pro ipso periculo reputetur;

Angelus *in L. non solum. 53. de hered. petit.*
Rubeus *Consil. 138. col. 1.*
Tiraquell. *de retr. consangu. §. 1. gloss. 7. n. 91.*
Add. Manzius *special. Jur. Comm. voc. periculum. in præfat.*

Ad hæc refectio aut valde difficilis, aut prorsus impossibilis fieri, itave ansa dari potest, ut area fisco addicatur, aut publicè vendatur, ceu apparet ex

L. ult. C. de Jur. Reipubl.

eâque de causâ summoperè ad partes tutorum videtur pertinere, ut consultâ ac tempestivâ distractione damnum hoc præcaveant, & minores illæsos conservent;

arg. *L. 1. C. quando liceat unicuique &c.*

2. Weswegen 2.) der Schultheis des Orts hierauf sich wohl gründen / und das von den Vormündern gebettene Decretum alienandi ertheilen können / non enim tantummodò ob necessitatem, verum etiam ob utilitatem decretum justè interponi posse, non saltem multi ex antiquioribus verum recentioribus existimant, quos magno catalogo recensent;

Octavius Simoncellus *tract. de Decret. Lib. 3. tit. 8. inspect. 16. n. 134.*

Eaque opinio tantò probabilior redditur, quia transactio super alimentis alioquin prohibita, etiam sine decreto valet, quando transigens conditionem suam reddit meliorem, ceu in laudatâ oratione cautum reperitur;

L. 8. §. 6. de Transact.

Ex quo loco ceu notabili id quod in alimentario dispositum etiam ad Ecclesiam & Minorem post Bartolum & Rolandum à Valle extendit

Brunnemann. *ad d. L. 8. n. 9.*

eumque deinceps secutus est

Feltmann. *ibid. n. 2.*

Nec aliud censisse apparet

Manzium *in dict. tract. voc. Utilitatis causâ. num. penult. & ult.*

Wie

Wie dann 3.) ohnedem pro Judice die Rechtliche Vermuthung streitet / daß er die angetragene Ursachen der verlangten Alienation vorhero wohl ergründet / und hernachmals erst dieselbe durch das verstattete Decretum alienandi fest gestellet habe / pro Judicis enim decreto stat præsumptio, quod causæ cognitio & ordo juris præcesserit; 3.

Modestin. Pistor. *Cons. 20. n. 44. vol. 1.*
Ludovic. *decis. Perusin. 1. n. 18. part. 1.*
Schurff. *Cons. 67. n. 10. cent. 2.*

& ea, quæ ad negotii minores concernentis perfectionem sunt necessaria, nequaquam prætermissa, quin potius ex solâ decreti interpositione adhibita censentur;

Jason. *in L. pacta novissima. 12. C. de Pact. n. 6.*

Dann obwohl 4.) das in Facti Specie angeregte Decretum nicht mit beygelegt worden / und dahero dem Ansehen nach keine Absicht darauf genommen werden kan / so ist doch der Consulent dessen nicht allein selbsten eingeständig / indeme er solches als sub- & obreptitiè obtentum angiebt / quo casu ipsi exceptionem hanc probare incumbit, 4.

L. si pupillorum. 7. §. pen. de reb. eorum qui &c.
Carpzov. *lib. 1. Respons. 80.*

sondern es wird auch dessen in vorangeregtem vom Keller zur N. den 2.ten Maji dieses Jahrs ertheilten und sub num. 3. angelegten Bescheid Erwehnung gethan / pro Judice autem ejusque sententiâ semper præsumitur,

L. venditio. 1. C. de præd. & al. reb. minor.
cap. non inter. 13. X. de re judic.

Cùm nil nisi exquisitâ veritate dixisse & scripsisse censeatur,

auth. *qui semel. C. quom. & quando Judex.*

Woran 5.) desto weniger zu zweifflen / auch nach Besag dieses Bescheids die Freunde der Unmündigen solcher Alienation mit beygewoh- 5.

gewohnet / und darzu ihre Einwilligung gegeben / interventus autem conjunctorum sive propinquorum uti jam tùm omnem doli ac calumniæ præsumptionem excludit;

L. transactionem. 35. C. de transact.
Menoch. *lib. 3. præs. 128.*
Heigius *lib. 1. quæst. 32. n. 38.*

Ita non obscurè arguit, negotium in utilitatem minorum celebratum esse, eò quod lex confidat, eos curam suorum non facilè omissuros;

Mynsing. *ad §. 4. Inst. de suspect. tut.*

6. Indeme auch 6.) und Letztens die Sache in einen andern Stand gerathen / alldieweil die Hoff-Raithe von dem Kauffern / vermittelst eines Tausches / anderwärtig veräussert und hingegeben worden / wie aus mehr-berührtem Bescheid zu ersehen / so wird um so weniger dazu wiederum zu gelangen / und selbige zu vindiciren seyn / minores siquidem contra eos duntaxat, cum quibus aliquid gesserunt, restituuntur;

L. 1. §. 1. l. ait Prætor. 7. pr. & passim. de minor.

Si verò res integra esse desiit, seu res distracta est, auxilium restitutionis iis prorsus denegatur;

L. quodsi minor. 24. §. 2. eod.

RATIONES DECIDENDI.

7. WAnn aber der Verlauf und die dabey vorkommende Umstände / Falls sich alles erzehlter massen verhält / und die Copiæ mit ihren Originalien bestärcket werden können / etwas genauer beleuchtet werden / so wird sich mit besserem Bestand ergeben / daß die W. Kinder die jenige an welche offtberührte von ihren Vormündern erstmals verkauffte Hof-Raithe nachgehends vertauschet worden / in Anspruch

zu

zu nehmen berechtiget / diese auch solche jene wiederumb abzutretten von Rechtswegen gehalten seyen.

Solches nun gründlich zu zeigen / so leget 1.) die sub n. 1. anliegende copia pactorum dotalium §. Nachgehends / offenbahr dar / daß sothane Hof-Raithe Johann Ebert W. pleno jure, jedoch daß er seinen Geschwistern zur völligen Ablage 115. fl. herauß geben solle / überlassen / und nachdem er einige Jahre hernach sich in Kriegs-Dienste begeben / auch in Ungarn ohnweit Esseck Laut der Beylage sub n. 2. Tods verblichen / dieselbe auf seine zwey Söhne jure hereditario devolviret worden seye / wodurch dann deren Eigenthum völlig erstritten und unzweiffelbahr gemacht wird / censetur enim hoc ipso habitatio cum suis pertinentiis pro dictâ summâ marito vendita, & insecuta traditione ejusdem dominium in ipsum translatum.

§. 40. & 41. Inst. de A. R. D.
L. ex empto. 11. §. 2. de act. empt.

quod proinde post ejus mortem filiis tanquam heredibus suis jure transmissionis cessit ac obvenit;

§. 2. Inst. de hered. qual. & differ.
L. 37. de O. & A.
L. 194. de R. J.

Ohngehindert daß 2.) auf sothanen Kauff mehr nicht als 100. fl. 8. bezahlet worden / massen genung / daß gegen selbige die Hof-Raithe ihme zu Handen gestellet / auf den Uberrest aber nicht getrungen / und ihme dergestalt Zeit zu dessen Abtrag verstattet worden / cùm fide de pretio habitâ dominium nihilominus transferatur;

dict. §. 41. Inst. de A. R. D.

Idque fieri censetur, quando sciente & non contradicente venditore emptori in possessionem venire permittitur;

L. ad solutionem. 5. C. de re judic.

So sehr dann 3.) der Kinder Mutter auch nach ihrer anderwärtigen Verheyrathung besorgt gewesen / denenselben sothane Hof-Raithe 9.

beyzubehalten / auch zu dem Ende weniger nicht zu Entrichtung des zum Nachtheil unbezahlt gebliebenen Kauffschillings entweder aus der Kinder oder im Fall der Noth aus ihren eigenen Mitteln / sich anerbietig gemacht / als auch bey der aufs Tapet gebrachten Alienation denen Vormündern / Freunden / ja dem Schultheisen selbsten *widersprochen* / und dargegen offentlich protestiret / so sehr hätte sich geziemet sothanes der Vormünder Antragen nicht sobald statt zu geben / sondern vielmehr den Grund und eigentliche Bewandtnus der Mütterlichen ernstlichen Einrede zu untersuchen / Judex enim Tutoribus, vel Curatoribus non statim credere, sed parentes potius desuper audire debet, ut possit secundum religionem suam statuere, an adsentire venditioni vel obligationi debeat, benè monente Ulpiano in

L. magis puto. 5. §. 11. de reb. eorum qui &c.

10. Welches 4.) desto nöthiger gewesen / weil die Vormunder zum Behuf ihres Antrags anders nichts / als daß die Kinder einen besondern Vortheil von dieser Veräußerung zu schöpffen hätten / anzuführen gewust / juris autem analogiæ adversatur, ut prædia minorum ob solum utilitatis prætextum alienari debeant. Æs alienum si non interveniat, tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendere, & alia comparare, vel certè istis carere videndum est, an Prætor eis debeat permittere? Et magis est, ne possit, ait Ulpianus in

dict. L. 5. §. 14.

Addit etiam ibidem rationem nec non effectum rei ob solam utilitatem venditæ, dum pergit: Prætori enim non liberum datum arbitrium distrahendi res pupillares, sed ita demum, si æs alienum immineat. Proinde etsi permiserit, ære alieno non allegato, consequenter dicemus, nullam esse venditionem, nullumque decretum, non enim passim distrahi jubere, Prætori permissum est, sed ita demum, si urgeat æs alienum. Eodem modo rescripserunt Impp. dum ob æs alienum tantum causâ cognitâ præsidiali

ſidiali decreto prædium minoris diſtrahi permiſerunt in

L. 12. C. eod.

Dictiones autem, *ita demum*, ſunt limitativæ & taxativæ, omnesve cauſas alias legibus haud convenientes exterminant, uti cum Baldo notat

Richter. *de ſignif. Adverb. voc. demum. n. 1.*

Et adverbium *tantum*, diſpoſitionem ad caſum expreſſum vel virtualiter ſub intellectum reſtringit, excluſum verò prorſus rejicit;

Everhard. *Top. legal. loc. 111.*

Atque hanc ſententiam in praxi quoque obtinere teſtantur

Roland. à Valle *Conſ. 7. n. 26. vol. 3.*
Matth. de Afflict. *deciſ. 87. n. 5.*
Hondedæus *Conſ. 22. n. 27. vol. 2.*

Eamque communem eſſe comprobant

Natta *Conſ. 631. n. 35. lib. 3.*
Cephal. *Conſ. 207. n. 29. lib. 12.*

Bevorab da 5.) ſothaner Vortheil auf einen ohnverſehenen Unglücks-Fall / ſo durch Brand oder durch andere Zufälle entſtehen könte / ausgeſtellet worden / cujusmodi prætextus damnoſam minoribus alienationem, nunquam velare, & nomen ſperatæ inde utilitatis mereri poteſt, cùm futura contingentia ſint adeò incerta, ut eorum nulla prorſus conſideratio habeatur; 11.

L. quemadmodum. 29. ad L. Aquil.
Fachin. *Conſ. 2. n. 28. lib. 2.*

Tantum ergò abeſt, ut eapropter minoribus commodum rerum ſuarum intercipi debeat, præſens ſiquidem rei ſtatus haud verò futurus attendendus, eâque de causâ prudens non eſt judicium ſuper re præſenti determinare ex eo, quod in futurum contingere poteſt, cùm futura eſſe & non eſſe poſſint;

Salgado de Somoza *Labyrinth. cred. p. 2. c. 22. n. 111.*

Unde instar brocardici traditum, futura contingentia despici à præsenti utilitate;

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 6. cap. 30. axiom. 4.*

12. Aus welchem allem dann 6.) von selbsten sich herfür thut / daß dieses decretum alienandi ob causam prorsus erroneam, inutilem & falsam errichtet worden / und dahero weniger nicht pro nullo & irrito zu achten;

Petrus de Benintendis *decis. Bononiens. 2. n. 2. & 3.*

Everhard. *Consil. 126. n. 19.*

Guid. Pap. *61. n. 4.*

Simoncell. *de decret. lib. 1. tit. 1. n. 21. ubi cum multis adductis hanc conclusionem indubitatam ac communem appellat.*

Als auch denen W. Kindern zu verstatten / die alienirte Hoff-Raithe wiederum einzuklagen und zu vindiciren / cùm enim intuitu hujus decreti nulliter interpositi dominium à minoribus haud discesserit, nil impedit, quò minus rei vindicatione habitationem distractam utiliter repetere valeant;

Schurff. *Cons. 30. n. 7. cent. 3.*

Carpzov. *Jurispr. forens. part. 2. const. 11. def. 29. n. 5.*

Besold. *Cons. 290. n. 11. part. 6.*

So daß dahero einige Restitution zu suchen allerdings unnöthig seye / quia hoc actum ipso jure validum præsupponit,

L. 3. C. de in integr. restit. minor.

& eapropter in actu prorsus nullo frustra intentatur;

L. in causæ cognitione. 16. princ. de minor.

Doch daß sie vorhero dem Käuffer das Kauff-Geld / so von der Kinder Vormunder dero Zeit erhoben worden / wiederumb erstatten / ne alioquin cum ejus damno reddantur locupletiores, contra

L. 206. de R. J.

Schurff. *Cons. 94. n. 1. cent. 3.*

Carpzov. *dict. defin. 29. in fin.*

Woran

Woran 7) keine Hinderung thut / daß immittelst die Hoff-Raithe 13.
an einen andern vertauschet worden / præterquam enim, quod minores adversus omnis generis alienationes, atque adeò etiam permutationem ex postfacto subsecutam juventur, cùm hæc etiam species alienationis sit;

L. ult. C. de reb. alien. non alien.

Simoncell. *d. tract. lib. 2. tit. 6. inspect. 13.*

Sanè rei vindicatio etiam contra tertium possessorem, quocunque titulo munitum, porrigitur, cùm minores tanquam domini rem suam vindicent, ubi eam inveniunt;

L. 36. princ. de R. V.

L. si mancipium. 23. C. eod.

Dannenhero der jenige / so die Hoff-Raithe ertauschet / solche ersagten Kindern wiederum einraumen und abtretten / er hingegen aber an seinen Authorem, um an selbigem sich zu erhohlen / verwiesen werden muß.

Ingleichem mag 8.) diese Vindication nicht hintertreiben / daß 14.
der Keller zu N. vermittelst seines vorhin angezogenen Bescheids das Decretum approbiret / darauf gesprochen / und mithin die hernachmals erfolgte Permutation gut geheissen / decretum enim non validatur per sententiam, quâ alienatio valida pronunciata

Mevius *part. 5. decis. 34.*

Wann auch gleich 9.) bey Ausstellung des Decreti alienandi 15.
rechtlicher Gebühr nach verfahren / und solches nach allen hierzu erforderten wesentlichen Stücken reguliret worden wäre / so würde doch selbigen vermittelst des remedii restitutionis, in Ansehung / daß gleichwol denen Kindern die Hof-Raithe aus ihren Händen gerissen / deren Nutzbar- und Bequemlichkeit entzogen / und das Vätterliche Erbe vermindert worden / alle Krafft detrahiret werden können; Læsi enim hoc ipso graviter censentur minores, quando rebus suis destituuntur, & patrimonium eorum labefactatur;

L. non omnia. 44. de minor.

L. magis puto. 5. §. 9. de reb. eorum. qui &c.

adeò ut etiam interesse affectionis justa læsionis causa esse, & ad restitutionem prodesse possit,

L. si in emptionem. 35. ubi Brunnem. *de Minor.*

ubi autem de læsione apparet, ibi nec Tutorum authoritas, nec consanguineorum præsentia, neque etiam Magistratus decretum quicquam operatur, sed contra hæc omnia minoribus efficaciter subvenitur,

L. si quid. 11. C. de præd. minor.

L. 1. & seqq. C. si tutor. L. Cur. interv.

Sfortia Oddus *de restit. part. 1. q. 22. art. 6. & 9.*

Besold. *Cons. 209. n. 14. part. 6.*

Licet fortè res alienata postmodum in manus tertii pervenerit, contra hunc siquidem vim restitutionis ob summum ætatis favorem porrigi luculenter ostendit, responsum in

L. in causæ cognitione. 13. §. 1. de minor.

16. Aus welchem allem dann 10.) und beschließlich ohnschwehr zu ermessen / daß der vom Keller zu N. zum Grund seines Ausspruchs gesetzte Retract, als finde selbiger allein im Kauff / keines Weges aber in einem Tausch statt / zumal in gegenwärtigem Verkauff nicht anreiche / noch die Kinder deßwegen von Einklagung der ohnrechtmäßig alienirten Hof-Raithe ausgeschlossen werden können / gestalten ermeldte Kinder von der durch den erstmals getroffenen Kauff / nachmals aber fernerweit erfolgten Tausch / erlittenen schwehren Læsion, nicht durch einen Abtrieb / sondern vielmehr durch das vorhin ausführlich bewährte Remedium nullitatis, und die ihnen dadurch als dominis beybehaltene Vindication, auch wann gleich solche nicht wäre / durch das in Rechten gegründete Auxilium Restitutionis, sich allerdings loswürcken / und wiederum einen Zutritt zu ihrer Elterlichen Hof-Raithe eröffnen können. Potius enim vis & nervus remediorum pro minoribus lege introductorum, quàm sententia contra ipsos lata inspici debet, cùm hæc prorsus corruat, quando causâ quâdam deviâ ac impertinenti subnixa deprehenditur;

cap. cum contingat. 36. X. de offic. & præt. deleg.

RESPON-

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Wegen alle diese dergestalt stabilirte Rechts-Gründe thun die im 17.
Eingang beygezogene Prætexten im geringsten keinen Eintrag. Inmassen so viel den ersten anreicht / die Feuers-Gefahr und andere Zustände zwar in Oratione Divi Marci berühret / deren ohngeachtet aber es bey der an statt eines jährlichen Hauß-Zinß veraccordirten Wohnung allerdings gelassen wird. So ist auch ein Vormunder allein das in der Väterlichen Erbschafft befindliche baare Geld den Pflegbefohlnen zu Nutz auszulehnen schuldig;

Colleg. Argent. *tit. de administ. tut. th. 39. in fin.*

Mit nichten aber liegende Gütter und Häußer zu verkauffen / und daraus eine Anlehnung zu errichten berechtiget. Was aber von Veräusserung einer Wasser-Mühlen angeregt worden / ist nicht bloßerdings / sondern alsdann zuläßig / wann præsentanea ruina, & summum in morâ periculum zu bemercken / und dahero deren schleunige Distraction zu ergreiffen / wie nachtrücklich errinnert / und dahin der vorhin angeführten Rechts-Lehrer Meynung limitiret

Surdus *tract. de Alim. tit. 8. privil. 45. n. 4.*

cùm nonnisi ob periculum præsens à regulis Juris communis recedatur;

Gail. *lib. 1. Obs. 5. n. 8.*

& periculi imminentis respectus rigoris laxamentum imperet;

Brederod. *in repert. voc. periculum.*

Nebst deme kombt das jenige / was

ex L. ult. C. de Jur. Reip.

berühret worden / alsdann in Consideration, wann ein solches Statutum vorhanden / daß die verfallene Häuser dem Fisco heimfallen sollen / im Fall auf offtmalige vorhergegangene Erinnerung deren Aufrichtung

und

und Wider-Erbauung nachläßig verabsäumet / and die einem jeden Mit-Bürger herunter zukommende Obliegenheit keines Weges veranstaltet wird / wie der klare Innhalt sothanen Rescripti sattsam bezeiget. Dannenhero dergleichen Verordnung sich ausser dem Fall præexistentis Statuti, nec non locorum formam civitatis repræsentantium nicht wohl appliciren lässet / cùm multa ob decorem Civitatis contra normam juris ordinarii sint recepta, ut benè monet

Brunnemann. *ad d. L. ult.*

18. Dem andern Zweiffel benimbt alle Krafft / das jenige / was bey dem vierdten und fünfften Satz-Grund bewährlich angeführet worden / allermassen daselbst gezeiget / was massen Decretum alienandi nicht in utilitate, sondern einig und allein in necessitate gegründet werden müsse / wie solches als Rechts-gegründeter Meynung nebst denen vorhin angeführten auch nachtrücklich beyschlägt

Simoncellus *de decret. lib. 3. tit. 8. inspect. 16. ubi hanc sententiam receptiorem & veriorem esse dicit.*

Und stehet diesem nicht entgegen / was de transactione super alimentis intuitu solius utilitatis factâ obmoviret worden / anerwogen es mit denen alimentis eine gantz andere und zwar diese Beschaffenheit hat / daß selbige ex merâ provisione alterius, & quidem titulo merè lucrativo entstehen / und dahero nicht zu verwundern / daß dem Alimentario seiner Gelegenheit nach / vermittelst eines Vortrags / so ohne dem super re dubia errichtet zu werden pfleget /

L. 1. de transact.

etwas anders / was er ihme als fürträglicher erachten mag / anzuschaffen erlaubet seye. Allhier aber wird de rebus minorum propriis, iisque certis, & Curatorum administrationi commissis gefraget / wobey die gröste Behutsamkeit vorzukehren / und ohne die gröste und äusserste Noth zu deren Alienation zumal nicht zu schreiten / damit dieselbe nicht um ihre unbewegliche Gütter / als worvon die benöthigte Unterhaltung zu schöpffen / gebracht werden mögen /

Add. Simoncell. *dict. loc. n. 128.*

Dahero

Dahero für sothaner ohnnöthiger / und aus einer Ubereilung zum öfftern entstehender Veräußerung sorgfälltig verwarnet

Carpzov. *part. 2. const. 11. def. 28. n. 10. & 11.*

Gleicher Gestalt sind die Kirchen-Gütter allein zu Erhaltung Kirchen 19.
und deren Lehrer gewidmet / und kan deswegen auf eines oder des andern unbeweglichen Stücks-Veräußerung / Falls selbige mit einem besondern Nutzen und Votheil vinculiret zu seyn vermercket wird / gar wol / jedoch unter Beobachtung der hierzu erforderten Solennitäten / descendiret werden / wie austrücklich bewähren textus in

cap. 1. de reb. Eccles. non alien. in 6to.
can. sine. 52. caus. 12. quæst. 2.

die Canonisten auch aller Orten solches wol in acht nehmen / wie insbesondere zu sehen beym

Ambrosio le Gauffre *Synops. decretal. ad dict. tit. vers. Excepti.*

Anderer Gestalt verhält es sich mit denen den minderjährigen Kindern zukommenden Güttern; Dann weil deren Alter veränderlich / und sie nach und nach die mannbare Jahre erreichen können / so müssen deren Erb-Gütter sorgsam beyeinander behalten / und ob auch welcher Gestalten dieselbe nützlich zu veräussern / bis zu ihren vollbürtigen Jahren ausgestellet werden;

Simoncell *cit. loc. n. 127.*

Dahero was die vorhin angezogene Interpretes de æquiparatione bonorum Ecclesiæ & minorum, anbracht / nicht allerdings wohl zu salviren; vielmehr aber muß diesem oben-bewährten Grund-Satz fest und unbeweglich inhæriret werden / quòd bona minorum solummodo ob urgens æs alienum, Ecclesiæ autem etiam ob evidentem utilitatem alienari possint.

Quocirca difficilius bona minorum quàm Ecclesiæ alienari posse, rectè observavit & consuluit

Casalis Manentus *Cons. 17. n. 36.*

Der Dritte Gegen-Satz hat zwar insgemein seinen valor, leydet 20.

aber dadurch einen bemercksamen Abfall / quando alienatio tutorum justâ ac legali causâ haud est munita, & decretum desuper interpositum substantiali vitio laborat;

Fachin. *Conf. 56. n. 6. lib. 2.*
Carpzov. *dict. p. 2. const. 11. def. 28. n. 12.*

Præsumptio siquidem pro Judice militans eo ipso invalidatur, quô nulliter quicquam egisse, causamque sufficienter haud cognovisse animadvertitur;

cap. conquerente. 7. X. de restit. spoliat.
L. omnes Judices. 33. C. de Decurion.

Idque procedit, tametsi etiam in unâ saltem parte decreti defectus occurrat, totum enim nihilominus corruere necesse est;

Casal. Manentus *Conf. 17. n. 68.*

eò quòd plura ad ejus subsistentiam, & quidem copulativè requirantur, ut benè notat

Carpzov. *dict. loc. n. 15.*

eaque sigillatim recenset & examinat

Lauterbach. *de alien. rer. minor. th. 28. & mult. seqq.*

21. Und eben hieraus wird auch die beym Vierdten Einwurff vorgeschirmte exceptio sub- & obreptionis zur Gnüge behauptet / luculenta enim & ex ipso facto enascens causa probatione non indiget, cùm evidentia rei & nullitas apparens manifestum atque notorium inducat;

can. manifesta. 15. caus. 2. quæst. 1.
Sixtin. *Cons. Marp. 8. n. 17. vol. 2.*

22. Nicht mag auch in solcher Absicht auf das Fünffte zu antworten / præsentia & approbatio consanguineorum hierbey etwas verfangen / bevorab da auch der Schultheiß selbsten zu Ertheilung dieses Decreti durch eine unanständige Ursach verleitet worden / corruente ergò ipso decreto propinquorum etiam approbationem intercidere necesse est,

cap. accessorium de R. J. in 6to.

Und dieses um so vielmehr / weil der eigentliche Entzweck / um deswillen die Angewandte zu allen obschwebenden Handlungen mitgezogen zu werden pflegen / darinn bestehet / damit sie denen Unmündigen oder Minderjährigen angesipten kräfftige Assistenz leisten / dieselbe gegen alle Gefahr verwahren / verfängliche Irregularitäten verhüten / auch solches behöriger massen ins Werck zu richten / dasjenige / was ihre Persohn oder Gütter betrifft / und derentwegen verfüget werden solle / genau untersuchen / oder da sie es nicht verstehen hiervon an behörigen Orten sich belehren lassen sollen / damit sie alsdann mit Bestand das vorseyende Werck rechtlicher Gebühr nach abmessen / und der Unvollkommenheit dero Alters handbietig prospiciren mögen / wie sie dann eben auf diese Art mit denen Unmündigen zu concertiren / und ob auch welcher Gestalten diese ihre Curatores tanquam suspectos anklagen sollen? gantz genau zu überlegen bedeutet werden / in

§. 4. Inst. de suspect. tutor.

Eben diese Gebühr hätten auch bey gegenwärtiger Begebenheit denen Freunden und Verwandten obgelegen; Certè enim debuissent caussas alienationis, an sint veræ ac legitimæ prius explorare, vel eo nomine peritiores consulere, cum præsentia & approbatio cùm sufficienti intelligentiâ conjuncta esse debeat, ut accuratè & in terminis consuluit

Cacheran. *Cons. 12. n. 60.*

Indeme schon mit sattsamen Grund besteiffet worden / daß alienatio 23. titulo permutationis facta in rebus minorum verbotten seye / so wird auch mit dem Sechsten und Letzten Schein-Grund zumal nichts ausgerichtet / allermeist da anbey mit bewähret worden / quòd fundus minùs legitimè alienatus, sive venditus, sive permutatus, etiam secundo possessori auferri possit;

Brunnemann. *ad L. 10. de reb. eorum qui &c. n. 5.*

quodque minor etiam contra tertium possessorem in casu illicitæ alienationis juvetur;

L. 13. §. 1. minor.

Was aber de re non amplius integrâ beygefüget wird / findet allein statt / quando minor lucrum quoddam veluti hereditatis aut legati percipere potuit, illud verò fragilitate ætatis repudiavit, tum enim restitutionis beneficio excidit, quando interea res integra esse desiit, & alteri in lucro illo jus quæsitum fuit,

Covarruv. *lib. 1. resol. pract. 5. n. 2.*

Ad bona verò antea possessa, & à Curatoribus perperam alienata haudquaquam pertinet,

arg. *d. L. 24. §. 2. de minor.* ubi Brunnemann. *n. 4. & 5.*

CONSILIUM ſeu RESPONSUM
XLVI.

IN PUNCTO PACTI GENTILITII A FAMILIA QUADAM ILLUSTRI CONDITI, ET QUOMODO ISTUD RATIONE FUTURÆ SUCCESSIONIS INTERPRETANDUM?

Einen zwiſchen einem ſichern hohen Hauß errichteten Stamms-Vertrag betreffend / und wie ſolcher wegen künfftig etwa ſich ereignender Fälle auszulegen?

SUMMARIA.

1. *In feudis Agnati non omnes ſimul ſed proximiores ſuo ordine vocantur, idque cumprimis in feudis Regalibus procedit.*
2. *Adeò ut licet primo acquirenti cauſaliter ſuccedatur, modaliter tamen ultimi defuncti vaſalli ratio habeatur;*
3. *Ac in fideicommiſſis quoq; proximitas non reſpectu Teſtatoris gravantis ſed heredis gravati conſideretur, & ab illis ad feuda & viceverſa argumentum ducitur.* vid. tamen infra num. 44.
4. *Collectivè vocati cenſentur, qui nomine congregationis plurium hominum vocantur, & vocatio ſub indefinito & collectivo nomine facta proximitatis reſpectum implicat.*
5. *Quando in diſpoſitione aliquâ ſuccedendi reperitur dictio;* Deinde *vel* Ulteriores, *ordo ſucceſſivus denotatur & proximiores in gradu præferuntur.*
6. *Bona allodialia & feudalia in hoc conveniunt, ut nemo vivens habeat heredem l. ſucceſſorem feudalem, ubi ratio annectitur.*

7. *Particula:* Zugleich / *quid inferat? Mens potius quàm verba circa pactorum interpretationem attendenda.* vid. seq. n. 8. & 10.

8. *Vocabulum:* æquè vel simul *in ultimis voluntatibus quomodo explicanda? In iisque plenior sit interpretatio quàm in pactis & contractibus, & ab illis ad hos argumentum ducitur.*

9. *Verba ex natura feudi contra propriam significationem potius intelligenda quàm ut feudi naturæ derogatum censeatur.*

10. *Vocabulum:* Zugleich *sive æ*qualiter *latius explicatur.*

11. *Jus alicui quæsitum cumprimis in ratione naturali radicatum invito auferri non debet & pacta de succedendo ad inæqualitem & injustitiam decurrentia haud sustinentur.*

12. *Incommoda divisionis feudorum Regalium recensentur.*

13. *Vis & robur pactorum ipsa negotiorum humanorum viscera ingreditur, illaque religiosè etiam à summis Magnatibus observanda, quod ampliatur.*

14. *Idque etiam ad feudum extenditur, licet illud inde nonnihil degeneret.*

15. *Circa successionem personarum illustrium cumprimis dispiciendum an pacta familiæ adsint, ex quibus successionis articulus dijudicandus.*

16. *Pacta successoria licet de jure civili sint invalida, in toto tamen Imperio, nec non à Camerâ sustinentur, quod prolixius deducitur.*

17. *Pacta gentilitia quænam dicantur? Eaque tantò magis valent, quando ab illustribus personis facta & Cæsareâ confirmatione roborata.*

18. *In tantum ut si ab Agnatis ipso facto comprobata in consuetudinem irretractabilem transeant, & præscriptione immemoriali munita censeantur.*

19. *Unâ lineâ deficiente altera succedit, & nemo actu superfluo uti voluisse censetur, pacta autem ultra jus commune aliquid operari debent, etiamsi de ejusdem correctione agatur.*

20. *Verbum relativum:* Alsdann / *futuri temporis tractum implicans conditionem operatur, & quò tendat? Idque multis authori-*

thoritatibus firmatur, & sequenti num.

21. *latius illustratur, ac contraria simul diluuntur.*

22. *Non cuilibet opinioni sed firmiori ratione munitæ inhærendum.*

23. *Cur paciscentes fratrum heredes non minus ac ipsos fratres instituisse censeantur, disquiritur.*

24. *Particulæ;* ET, *Vis ac Proprietas in quonam consistat?*

25. *Ubi diversitas rationis allegari nequit, identitas juris meritò inferri debet, cumprimis quando aliâs absurdus intellectus inde resultaret.*

26. *Ea capienda interpretatio, ne statuentes sibi contradixisse videantur, ac Particula* ET *in omni concessione aliquem effectum habere debet.*

27. *Dictio:* simul; *in omni jure vim conjunctionis habet & paritatem juris inducit, hujusq; ut & particulæ:* æquè *intuitu quilibet eorum, quorum mentio facta, pari conditione vocati censentur.*

28. *Una determinatio respiciens plures determinationes æqualiter determinare debet.*

29. *Dictio:* unà *vel* simul, *non tantum conjungit, verùm etiam simultaneam investituram inducit.*

30. *Et fratrum filii tali casu jure proprio ex pacto investituræ individuæ admittuntur.*

31. *Collectivo nomine vocati ordine successivi vocati censentur, jus tamen collectivum in iis haud obtinet, quibus sub particula* æquè *aditus ad feuda factus, idq; latius illustratur.*

32. *Verbum:* Sollen: *necessitatem importat, nullumq; actum in contrarium admittit.*

33. *Verborum proprietati præcisè inhærendum, cumprimis quando verba statuti & pacti sunt clara, quæ otiosa aut superfluâ esse haud debent.*

34. *Abstinendum ab Interpretatione, quæ communi Doctorum opinioni refragatur, ab eâq; nec Judici recedere licet.*

35. *Jus certis personis per primam Investituram vel agnatorum paciscentium provisionem quæsitum ipsis haud adimi nec pactum ad eorum favorem collimans in eorum læsionem detorqueri debet.*

36. *Ratio est anima legis, & ratio naturalis in omnium dispositio-*

positionum interpretatione dicitur esse potentissima.

37. *Quando plures conjuncti fuerunt, quos non necessitas instituendi sed solus ordo charitatis vocabat, omnis simul æqualiter vocati censentur.*

38. *Particulæ:* æquè, æqualiter, pariter, Zugleich / *vocationem æqualem & in capita post se trahunt.*

39. *Identitas rationis causatur legis alteriusve dispositionis identitatem & fortissimum præbet argumentum.*

40. *Reservatio conservat jus in eo statu in quo antea fuit, & beneficentia nemini dispendio cedere debet.*

41. *Pacta consuetum in lineâ collaterali succedendi modum alterant & à gradus prærogativâ secessum faciunt, primæque investituræ ratio quando non habeatur?*

42. *Proximitas respectu ultimi Vasalli quando attendatur.*

43. *Argumenta aliunde defuncta præsuppositis terminis habilibus procedunt, haud verò quando res sese habet diverso modo.*

44. *In fideicommissis an juxta sancita Juris Civilis proximitas respectu Testatoris gravantis vel heredis gravati consideranda disquiritur?* vid. supra num. 3.

45. *Vocabula:* Deinde; *nec non:* Ulteriores, *cur in præsenti casu non attendenda?* add. supra num. 5.

46. *Assertum supra num. 6. adductum limitatur.*

47. *Theorica num. 7. proposita restringitur, quando aliam fuisse mentem paciscentium ex ipsis verborum visceribus apparet.*

48. *Præjudicium à Richtero num. 8. allegatum nec non textus 1. Feud. 11. limitatur.*

49. *Successio Collateralium à Jure naturæ non præcipitur, sed ex propensione erga sanguinem ortum ducit.*

50. *Distinctio inter dispensionem universæ familiæ ceu totius Corporis & divisionem Agnatorum tanquam Membrorum familiæ traditur.*

SPECIES FACTI.

IM Jahr 1567. sind zwischen drey Herren Gebrüdern Philipp/ Reinhard und Georg gewisse Pacta Familiæ, welche auch im Jahr 1640. Kayser Ferdinandus III. confirmiret / zu Conservation ihres Stammes und Nahmens errichtet / und unter andern auch denenselben nachgesetzter Paragraphus ratione futuræ Successionis einverleibet worden / welcher von Worten zu Worten also lautet:

TENOR PARAGRAPHI.

Und da ihrer beyden Gebrüder einer oder Seine Manns-Erben und also forters in absteigender Lineâ die Manns-Erben verfallen würden / alsdann sollen die andere Gebrüder und ihrer Liebden ehelich gebohrne Leibes-Mannes-Erben absteigender Linien der obgemeldten Graffschafften und Herrschafften oder was davon herrühret / oder dagegen erlanget und bekommen wäre / zugleich zu geniesen und zu gebrauchen haben.

Dieweil nun in beyden absteigenden Linien keine mehr im Leben/ als in der einen / so von Philipp anfängt / Philipps Ludwig / und in der andern / welche von Georg den Anfang nimbt / die Gebrüdere Christoph / Christian und Georg / und dieser beyden allschon abgelebten Brüdern hinterlassene Söhne / Johann Wilhelm Friderich und Georg Friderich / und wann einsten nach Göttlichem Willen Philipp Ludwig mit Tod abgehen sollte / ratione der Succession Zweiffel vorfället / ob sodann vorbemeldte Herrn Gebrüdere Christoph Christian und Georg als proximiores Agnati dem Defuncto allein oder zugleich ernannte Bruders Söhne Johann Wilhelm Friderich und Georg Friderich succediren sollen / und dahero gefraget wird:

QUÆSTIO.

Ob angezogener Paragraphus und die darinnen befindliche Particula Zugleich dahin zu interpretiren / daß Krafft derselben mehr-benambte fratrum filii cum patruis simul & promiscuè, nullâque attentâ gradus proximitate zu admittiren? oder ob die Succession nach denen gemeinen Rechten einzurichten und folglich fratrum filii zu excludiren seyen?

Worbey auch dieser Umstand zu erinnern / daß Johann Anton der ihme angefallenen Succession in denen Graff- und Herrschafften seinem Brudern zugefallen / so lang sie nur Descendenten haben werden / allerdings renunciiret / anbey aber auch per expressum sich vorbehalten / daß wann in der andern Linie der noch allein übrige Agnatus Philipp Ludwig mit Tod abgehen sollte / er alsdann seinen Sohn Georg Friderich die Con-Succession austrücklich vorbehalten haben wollte.

RESPONSUM.

Des mir Ends-Bemeldten vorgesetzte Facti Species und ex Pactis gentilitiis gezogene Extract nebst einer hierauf gerichteten Provisional-Frage zugeschickt / und mein rechtliches Gutachten dißfalls zu ertheilen Ansinnung gethan / so habe solches alles fleißig verlesen / mit behöriger Sorgsamkeit erwogen / und darauf nachstehendes cum Rationibus Dubitandi & Decidendi begleitetes Responsum mittheilen wollen. Und zwar will es ersten Anblicks das Ansehen gewinnen / als wann bey andern inzwischen nachbleibenden Todes-Fällen die beyde Herren Gebrüdere Christian und Georg als proximi Agnati, dem nach GOttes Willen abgehenden in der andern Linien stehenden Agnato, Herrn Philipp Ludwig allein succediren / hingegen aber deren Brüder Söhne Herr Johann Wilhelm Friederich / und

Herr

Herr Georg Friederich / ohngeachtet der in berührtem Stamm-Pacto befindlichen particulæ Zugleich / sich keiner Consuccession anmassen könnten.

RATIONES DUBITANDI.

Allermassen I.) ob vorgesetzter Stamm-Tafel wahrzunehmen / daß das Stamm-Hauß / aus welchem allerseits Agnati, davon die Anfrage geschicht / entsprossen / von einem Ur-Anherrn als primo & unico acquirente den Anfang genommen / und solcher Gestalt denen Lehen-Rechten gemäß immerhin auf das Vorrecht der Sippschafft gesehen / und mit denen erledigten Antheilen die nähere Attinenten befället werden müßen / in feudis siquidem successio ad normam successionis civilis regulatur & agnati non omnes simul sed proximiores suo ordine vocari solent; 1.

2. feud. 11. ibi : his verò deficientibus.
Schrader. *de feudis part. 7. cap. 7. n. 6.*
Rosenthal. *de feudis cap. 7. concl. 57. n. 5.*
Wesenb. *Consil. 174. n. 50. part. 4.*

Successione hoc modo in infinitum sese extendente, eò quòd respectu primi acquirentis omnes de familiâ descendentium nomen obtineant & postremò decedenti succedant;

Godazin. *Cons. 26. n. 27.*
Gail. *lib. 2. Obs. 50. n. 5.*

Idque cumprimis in feudis titulo Regni, Ducatus, Marchionatus & Comitatus collatis procedere cum citatis monet

Covarruv. *tom. 1. in fin. de success. ab intestat. n. 12.*

Et quod sententia proximitatem graduum in feudali Successione observans sit verissima, multorum Germaniæ JCtorum & Facultatum Responsis munita, neque ab eâ in consulendo recedi debeat, pluribus & latè firmat

 Hart-

Hartmann. Pistor. *lib. 3. quæst. 23. n. 19. & mult. seqq.*

2. Allermeist da 2.) unter ersagten Bruders Söhnen / und deren Patruis, wann auf die vom Agnato Herrn Philipp Ludwig bey dessen erfolgenden Abgang herrührige Distanz die Absicht genommen wird / ein bemercksamer Unterscheid / indem diese sothanem Agnato mit näherer Sippschafft als jene zugethan seynd / zu befinden; Quantumvis enim primo acquirenti causaliter & spectatâ ejus providentiâ succedatur,

dict. 2. feud. 11. ibi: quod ita intelligendum.

modaliter tamen & quoad ordinem succedendi, ultimò defuncti vasalli ratio habetur, ita ut qui huic proximior deprehenditur agnatus, reliquis meritò anteponatur,

2. Feud. 37. verb. proximiorem.
Knichen. *de vestitur. pact. p. 3. cap. 3. & mult. seqq.*
Mantica *de tac. & ambig. Convent. lib. 23. tit. 28. n. 6.*
Cravetta *Cons. 950. n. 2.*
Besold. *Cons. 265. n. 16. & seqq. part. 6.*

3. Welches auch 3.) in fideicommissis Platz ergreiffet / cùm in his quoque proximitas non respectu Testatoris gravantis, sed potius heredis gravati considerari soleat, eò quòd omnis interpretatio juri communi magis congrua recipi debeat;

L. 11. §. 1. de muner. & honor.
cap. 29. de Elect. in 6to.
Menoch. *Cons. 82. n. 30.*

Ast verò ex hujus præscripto proximitatem respectu ultimò morientis metiendam esse appareat ex

§. 6. Inst. de legit. agnat. success.

Unde maximæ authoritatis Interpp. tàm veteres quàm recentiores huic opinioni, explosâ contrariâ patrocinantur,

Berous *Cons. 93. n. 37. lib. 1.*
Parisius *Cons. 2. n. 47. vol. 1.*

Curtius

Curtius Junior. *Conf. 125. n. 4.*
Knipschild. *de fideicomm. famil. illust. & nob. cap. 9. n. 92.*
Struv. *Synt. Jur. Civil. Exerc. 36. th. 19.*

eamque magis communem, receptiorem & hodie crebriorem appellant,

Bursatus *Consil. 170. n. 23.*
Cephal. *Conf. 46. n. 24.*

à fideicommissis autem ad feuda & viceversa argumentum duci, ubi aliud decisum haud reperitur, comprobant

Decian. *Conf. 445. n. 18.*
Intrigol. *de feud. quæst. 51. n. 249.*
Roland. à Valle *Conf. 100. n. 15. vol. 1.*

Wann dann 4.) die Worte des Stamm-Vertrags in dem angezogenen Paragrapho wol erwogen werden / scheinen dieselbe mit allen 4.
diesen Rechts-Gründen genau übereinzukommen / indeme nach Abgang einer Linien die andere Gebrüdere und deren ehelichgebohrne Leibes-Mannes-Erben collectivè beruffen werden / collectivè siquidem vocati censentur qui nomine congregationis plurium hominum vocantur, ceu in terminis demonstrat

Wesenb. *Conf. 187. n. 41. part. 4.*

cum nomina pluralia, ut liberi descendentes, nepotes, heredes & similia, vel etiam singularia, quæ tamen multitudinem implicant, ut familia, genus &c. pro nominibus collectivis reputentur, uti tradit

Cardinal. Tusch. *lit. N. concl. 54. per tot.*

Certo autem jure definitum, quod vocatio sub indefinito & collectivo nomine facta proximitatis respectum implicet, ita ut semper, qui gradu præcedunt, admittantur, & his cessantibus vel deficientibus ad proximè sequentes ceterosque deinceps eodem ordine feudum devolvatur;

arg. *L. heredes 57. §. ult. ad SCt. Trebell.*

 Besold.

Besold. *Cons. 265. n. 13. part. 6.*
Wesenb. *Cons. 174. n. 49. part. 4.*
Surdus. *decis. 346. n. 13.*
Cacheranus *decis. Pedem. 81. n. 14.*
Fusarius *de fideicomm. substit. quæst. 476. n. 56. ubi infinitos allegat, & Dd. de communi attestantes adducit.*

5. Sonderlich da auch 5.) die übrige Worte: Da einige linea deficiren wird: Item die andere Gebrüder ꝛc. keinen andern Verstand nach sich ziehen können / sondern vielmehr sothane Meynung guter massen unterstützen; Quando enim in dispositione aliqua succedendi reperitur dictio: *Deinde;* Itemque dictio: *Ulteriores;* tum ordinem successivo denotari, & proximiores in gradu præferri cum Baldo testatur

Card. Tusch. *lit. O. concl. 199. n. 30. & 31.*

6. Am allermeisten aber wollen 6.) die Worte: Und deren Männliche Lehens-Erben ꝛc. keine andere als auf die nähere Attinenten gerichtete Lehens-Ubertragung verstatten / cùm hoc in passù bona allodialia & feudalia conveniant, ut nemo vivens habeat heredem vel successorem feudalem,

L. 1. de hered. vel act. vend.

neque enim successio considerari potest ante mortem ejus, cui succeditur,

Hondedeus *Cons. 1. n. 82. & Cons. 74. n. 27. vol. 2.*

& propterea quando viventium æque ac heredum in contractu sive pacto sit facta mentio, hi demum ordine successivo admitti solent itidem post Angelum advertente

Tusch. *dict. Concl. n. 25.*

7. So scheinet auch 7.) die particula: Zugleich / nicht von solchem Nachtruck zu seyn / daß dadurch denen Bruders-Kindern mit und beneben denen Patruis zu dem Lehen zu gelangen einige Lufft gemachet werden sollte / in besonderem Betracht von denen Paciscenten jederzeit die Vermuthung

muthung zu schöpffen / daß sie dergleichen Beysätze und Clausulen nicht so sehr nach der natürlichen und gemeinen Deutung als vielmehr nach dem jenigen / was dißfalls in denen gemeinen Rechten versehen / verstanden haben wollen / mens enim potius quàm verba cùm circa pactorum interpretationem attendenda,

L. 7. §. 8. *de pact.*

Carpzov. *Jurispr. for. p. 3. const. 30. def. 49. n. 3.*

Sane ea mens paciscentium fuisse censetur, ut verborum intellectum juris dispositioni substernere voluerint;

Menoch. *lib. 3. præs. 38. n. 1.*

Cravetta *Cons. 186. n. 9.*

cùm omnis recessus à jure communi sit odiosus, accessus verò ad illud favorabilis,

Richter. *Cons. 291. n. 22. vol. 2.*

Da nun die Rechts-Lehrer vocabulum *æquè* vel *simul* allerdings in ultimis voluntatibus solcher Gestalt auslegen / daß diejenige / welche darinnen mit Austrückung dieser Wörter bedacht / anderster nicht als nach der nähern Sippschafft geurtheilet / nicht aber zugleich zugelaßen werden sollen / wie die Antecessores Scabinatus Jenensis vormals gesprochen zu haben bezeuget / und mit Worten austrücket 8.

Richter *Cons. 322. n. 4. in fin. vol. 2.*

So wird solches destomehr in Pactis & Contractibus Platz ergreiffen müßen / cùm in ultimis voluntatibus plenior fiat interpretatio quàm in Pactis & Contractibus,

L. 12. de R. J.

& ab illis ad hos validum ducatur argumentum,

Eberhard. à Middelburg. *loc. top. 17.*

Und damit man nicht etwa meynen möchte / es hätte mit dem Jure Feudali hierbey eine andere Beschaffenheit / so ziehen vorermeldtes Brocardicum die Interpp. auch 8.) ad feuda, wie in terminis behaupten 9.

Fachinæus *Cons. 33. n. 19. & 20. lib. 1.*

Schrader.

Schrader. *de feud. part. 10. sect. 3. n. 30. ubi magnum Doctorum catalogum allegat.*

Welchen auch mit nachtrücklichen Worten beypflichtet

Vultejus *tract. de feud. lib. 1. cap. 8. n. 39.*

ubi propè finem ita ait: Verba ex naturâ feudi contra propriam significationem potius intelligenda, quàm ut feudi naturæ derogatum censeatur. Semper enim capienda interpretatio, ut juris communis correctio evitetur;

L. 32. §. ult. C. de appellat.

adeò ut etiam per subauditum sermonem legum & hominum concordia sit quærenda,

Alexander. *Cons. 123. n. 9. & seqq. lib. 4.*

10. Und dieses gewißlich nicht ohne sonderbarem Grund / massen eben solches Wort: Zugleich / sive *æqualiter*, welches die hohen Paciscenten vormals in gegenwärtigem Pacto gentilitio gebrauchet / auch in ipsis Juris feudalis placitis nicht auf eine gemeine und allen Agnatis ohne Unterscheid zu gut kommende / sondern vielmehr auf eine der natürlichen Præferenz oder Vorrecht der Geburt convenable Succession gezogen wird / wie nicht unklar zu bemercken ex textu in

2. feud. 50. in fin.

ubi Compilator feudorum ita ait: Isti verò proximiores esse dicuntur respectu aliarum linearum, sed omnibus ex hac linea deficientibus, omnes aliæ lineæ *æqualiter* vocantur.

Cùm communissima à Feudistis approbata sit opinio, verba illa postrema: Omnes aliæ lineæ æqualiter vocantur: non absolutè & simpliciter sed relatione habitâ ad proximitatem & prærogativam gradus accipienda, hocque modo supplenda esse ex textu in

2. Feud. 11. ibi: his verò deficientibus.

Ubi ex innumeris videri possunt

Jacobus de Bellovisu *ad dict. text. in 2. feud. 50.*

Johann.

Johann. Anton. de Ferrariis *in Conf. feud. 74.*
Cothmann. *Respons. 35. vol. 3.*
Bitschius *Comm. in Consuet. feud. dict. 2. feud. 50. in fin.*
Struv. *Syntag. feud. 9. aphor. 7.*

quibus etiam novissimè applaudit

Rhetius *Comm. Jur. feud. commun. in 1. feud. 14. §. 1. num. 2. & 3.*

Woran 9.) weniger zu zweifflen/da widrigenfalls eine unordentliche der Natur sowohl als auch denen Rechten zuwiderlauffende Admission verhänget und mittelst deren den jenigen/welche vermög näheren Attinenz andern vorzuziehen wären / ihr einmahl erlangtes Recht erschwächet und entzogen würde / præterquam autem quod jus alicui quæsitum ei invito auferri non debeat, 11.

§. ult. Inst. de his qui sui vel alien. jur. sunt.
L. ult. de Pact.

Cumprimis quando in ipsâ ratione naturali radicatum est;

§. 11. I. de J. N. G. & C.
L. 8. de R. J.
L. 7. princ. de bon. damnat.

& pacta de succedendo eò minus sustineantur, quando ad inæqualitatem & injustitiam decurrunt,

L. unic. §. 2. C. de Caduc. toll.
Vultej. *Conf. Marp. 34. n. 146.*
Mynf. *respons. 2. n. 1. decad. 12.*

Successio sanè gradatim

§. 5. Inst. de Leg. agnat. success.

haud verò per saltum fieri debet;

Klock. *Conf. 29. n. 32. & 33. tom. 2.*
Brunnemann. *Conf. ult. n. 20.*

Quod notabiliter & pertinenter ad præsentem casum applicavit

Gœddeus *Conf. Marp. 32. n. 196. vol. 3.*

12. Nicht weniger stünde auch 10.) und Letztens bey sothanem Erfolg eine gäntzliche Zergliederung der hohen Lehenschafft zu befahren / welche zu verhüten und hingegen die Hochachtbarkeit und Aufnahm dieses berühmten Stamms sorgfältig fortzuführen / wie nicht weniger dessen Kräfften beyzubehalten / und daß selbige alle Reichs-Creyß und andere unumgängliche Anlagen gleich andern ihren Vorfahren auch benachbarten hohen Häusern jedesmal beytragen könne / Vorsehung zu thun / beydes allen davon herstammenden Mit-Gliedern / wie auch dem gemeinen Reichs-Besten zum höchsten daran gelegen; Divisio siquidem & dispersio feudorum regalium uti vires prorsus attenuat, ita etiam impedit, quo minus agnati splendorem, dignitatem & conditionem tueri valeant;

Carpzov. *de Lege Regiâ. cap. 7. sect. 1. n. 4. & mult. seqq.*

quo ipso non saltem contemptum induci, verum etiam subditos aggravari & adversariorum oppressionibus ansam dari est necesse;

Tabor. *Relat. Argent. 96. n. 9.*

Quin cùm in flore ac splendore familiarum decus ac potentia Imperii consistat,

Aur. Bull. *tit. 3. ibi: quorum præsidio dextra Imperialis roboratur.*

ejusmodi imminutio & dilaniatio non potest non esse toti Imperio damnosa & feralis.

Gail. *lib. 2. Obs. 153. n. 3.*

Quibus incommodis sanè gravissimis ut obviam eatur, præsentis Pacti gentilitii interpretatio ita facienda ut utilitas publica, existimatio familiæ & virium nervus incolumis maneat, eò magis, quò interpretatio utilitatem publicam respiciens, summè sit favorabilis & omnibus modis amplectenda, ceu cum adductis insinuat

Schrader. *de feud. part. 10. sect. 20. n. 125.*

RATIO-

RATIONES DECIDENDI.

Wiewohl nun diese vorgesetzte Motiven dem Werck einiger massen 13.
beyzukommen / und mit einem Nachtruck begleitet zu seyn sich ansehen lassen / so wird doch bey fernerer und tiefferer Untersuchung der Sachen sich ausfündig machen / daß denen Patruis vor denen Bruders Söhnen kein Vorzug gebühre / im Gegentheil aber diesen mit jenen ein gleichmäßiges Successions-Recht angedeyen müsse; solches nun behöriger massen zu begründen / so ist anfangs und vors Erste bey allen vorkommenden Handlungen vornehmlich darauf zu sehen / ob und was etwa an Seiten des jenigen / welche dieselbe concerniren / beliebet / abgeredet und placidiret worden / als wornach / als einer Richtschnur / das Hauptwerck abgemessen und reguliret / dessen End-Ursach auch zu erlangen alle Bestrebnus vorgekehret werden muß / vis siquidem & robur pactorum ipsa negotiorum humanorum viscera ingreditur,

L. 72. de contrah. empt.

& vel declarando vel extendendo vel restringendo ea moderatur, novamque quasi faciem iis induit;

L. *ult. ibi: sive pactio contrahentium. C. de reb. alien. non alien.*

Idque vel satis inde indigitatur, quòd in jure tam crebrò inculcatur, semper attendendum & inspiciendum esse, quod actum est;

L. 43. de R. J.
L. 2. §. 1. de hered. vel act. vend.
L. 3. de Reb. credit.

cùm enim ipsas quoque leges pacta rumpant;

Cons. Argent. *2. n. 97. vol. 1. & cons. 47. n. 68. vol. 2.*

eâque de causâ quicquid pacto fieri potest, etiam lege induci & præcipi posse credatur,

Everhard. *top. legal. loc. 89.*

 mirum

mirum non est, quòd omnia negotia legem ex pacto & conventione accipiant;

L. 23. de R. J.

& hoc respectu pacta legum privatarum nomine insigniantur;

L. 13. commun. præd.

L. 10. C. de Pact.

eo effectu, ut sanctissimè observari,

L. 1. de Pact.

L. 1. de const. pecun.

etiam à summis Magnatibus

Schurff. *Cons. 99. n. 9. cent. 1.*

pro supervacuis non haberi

L. 22. de contrah. empt.

Sed potius ut vim suam perpetuò exserant, ac quicquam operentur interpretationem recipere,

Wesenb. *Cons. 73. n. 3. part. 2.*

nec non actionem vel pro re natâ exceptionem perpetuam parere debeant;

cap. 2. X. de Pact.

L. 5. quib. mod. pign. vel hyp. solv.

14. Welches dann vors Zweyte nicht nur bey Erb- und Allodial-Gütern / sondern auch bey Lehenschafften in acht zu nehmen;

1. feud. 8. §. ult. ibi: nisi hoc fuerit dictum.

1. feud. 14. §. fin. ibi: nisi eo pacto.

Mantic. *de Tac. & amb. convent. lib. 23. tit. 22. per tot.*

Carpzov. *disp. feud. 1. pos. 14.*

Streng. *Cas. Illustr. 3. Rat. Decid. 1. & Cas. 9. vers.* Und ist sonsten.

Cùm Pactum super bonis feudalibus initum similiter legis vicem obtineat,

2. feud.

2. feud. 48.

& efficax sit conventio, per quam feudi naturæ quicquam detrahitur,

Schrader. *de feud. cap. 5. part. 2. n. 29. & seqq.*
Wesenb. *Cons. 15. n. 73. part. 2.*
Struv. *Synt. feud. cap. 8. aph. 7.*

ita ut quamvis feudum inde nonnihil degenerare dicatur, tamen efficacem producere soleat actionem,

Vultej. *de feud. lib. 1. cap. 7. n. 77. & seqq.*
Bitschius *Comm. in consuet. feud.*
1. feud. 1. §. 2. in fin.
Richter. *Cons. 340. n. 1. vol. 2.*

Atque hinc fit, ut nonnunquam clausula investituris adjiciatur, *quicquid perpetuò placuerit*, uti ejus mentionem facit, ejusque usum commemorat

Georgius *de Ecclesia. Cons. feudal. var. 1. n. 9.*

Sonderlich aber vors Dritte bewähret die tägliche Erfahrung / 15.
daß bey hohen Lehenbaren Häußern gewisse Stamms-Verträge errichtet / und dadurch denen Lehens-Folgern unter andern auch wegen der Succession auf allerhand etwa vorkommende Fälle sorgfältig prospiciret / zugleich auch des Geschlechts besorglicher Verminderung / wie nicht weniger gar leicht sonsten eintringenden Collisionen, Anfeindungen und gefährlichen Weiterungen vorgebogen zu werden pflege / Quando autem de successione personarum illustrium agitur, ante omnia dispiciendum, an pacta familiarum sive Gentilia adsint utpote ex quibus successionis articulus unicè metiendus & dijudicandus, bene monente

Tabore *Relat. Argent. 95. n. 7.*

provisio siquidem hominis facit cessare provisionem legis,

L. ult. C. de pact. convent.
Menoch. *lib. 4. præs. 190. n. 40. & seqq.*

& occaſio favorabilis reputatur, per quam litibus, inſultibus & periculis via præcluditur;

arg. *L. 1. de damn. infect.*

Manzius *Special. in Jur. Commun. voc. periculum. præfat.*

16. Bevorab da vors Vierdte die vormalige Civil-Satzungen / Krafft deren dergleichen Pactis Succeſſoriis keine Validität zugeſtanden werden wollen / wie vornehmlich zu ſehen ex

L. ult. C. de pact.

zu keinem widrigen Prætext beygezogen werden können / indeme deren Bewegnüßen ſo gethan / daß dieſelbe bey den folgenden Zeiten keinen weitern Ingreſs ſonderlich was Perſonas illuſtres anlangt / finden können / allermaſſen unter vielen andern auch der Länge nach dargethan

Limnæus *lib. 4. J. P. cap. 8. n. 134. & mult. ſeqq.*

Dahero deren Rigor vorlängſt ermildert / und die inter illuſtres Perſonas getroffenen Stamms-Vereinigungen in gantz Teutſchland nebſt einer woleingeführten und bißanhero erhaltenen Obſervanz und Gewonheit ſtabiliret worden / ſo daß ſolche nunmehro vor gültig erachtet und heiliglich gehalten werden müßen / Geſtalt deſſen die Rechts-Lehrer durchgehends einig ſind / wie aus vielen merckwürdig beweißlich machen

Gail. *lib. 2. Obſ. 127. per tot.*

Menoch. *Conſ. 85. n. 56. & 57. lib. 9.*

Brunnemann. *Conſ. 1. n. 119.*

Reuſner. *Conſ. 3. n. 36. & ſeqq.*

Weſenb. *Conſ. 288. n. 6. part. 6.*

Schurff. *Conſ. 17. n. 17. cent. 1.*

Klock. *Conſ. 17. n. 2. & 3. tom. 2. ubi infinitas authoritates in conſenſum adducit.*

Quibus noviſſimè calculum quoque adjicit

Dn. Mulz. *repræſent. Majeſt. Imperat. part. 2. cap. 26. memb. 3. §. 2. n. 28. & 29.*

adeò

adeò ut nullâ amplius probatione indigeant,

Consil. Argent. 79. n. 51. vol. 1.

inque Camerâ etiam Imperiali sustineantur & secundum ea pronuncietur;

Petrus Duennas *Regul. 539. & 172.*

Et quidem eò magis, quo familiarum propagationi Imperii tranquillitati & defensioni subditorum velificantur;

Bechmann. *Exerc. Jur. Publ. 7. posit. 3. n. 1.*

Richter. *Consil. 23. n. 4. part. 6. vol. 1.*

Unde etiam omnes pariter possessores obligant, & in heredes tàm activè quàm passivè transeunt validamque actionem producunt,

Betsius *tract. de Pactis famil. Illustr. cap. 4. & 5.*

Quinimò multis ea arridet sententia, ut istius modi pacta etiam Juri Communi convenire, neque ab eo reprobari existiment, quoniam Illustres Personæ privilegiis militaribus fruantur, & horum splendor dignitas & prærogativa omnem sinistram præsumptionem vel suspicionem captandæ mortis alienæ elidat,

Gail. *dict. obs. 127. n. 2. & 9.*

Richter. *citat. Consil. 23. n. 4. sub fin.*

Quod evidentius exprimit

Betsius *dict. cap. 5. dum pag. 127.* ita ait:

Ex his, quæ dicta sunt, colligi potest, pacta universalia de mutuis successionibus inter Illustres Familias & omnimodâ jurisdictione præditas Germaniæ & aliarum provinciarum consuetudine approbata esse, & de jure communi quoque sustineri posse.

Da nun vors Fünffte die in mehrberührter Facti Specie benahmte 17.
drey Herrn Gebrüdere / als Philipp / Reinhard und Georg ehedessen ein gleichmäßiges Stamm-Pactum oder Erb-Statutum unter sich concertiret und aufgerichtet / wie ob dem darunter gesetzten Tenore Paragraphi sich ergiebet / dasselbe auch mittelst der im Jahr 1640. von der

der damaligen Römischen Käyserlichen Majestät Herrn Ferdinando III. allergnädigst confirmiret / so wird dessen Authorität zumal in keinen Zweiffel gezogen werden können / pacta siquidem gentilitia sive familiæ dicuntur, quæ invicem consentientes agnati de successione in bona ad familiam spectantia inter se disponunt;

Knipschild. *de fideicomm. famil. illustr. cap. 6. n. 31.*
Betsius *dict. tract. cap. 3.*
Musculus *de success. convent. concl. 3.*

Quæ tantò magis valent, quando fiunt ab Illustribus Personis omnimodam & regalem dignitatem habentibus,

Besold. *Cons. 49. n. 65. & seqq.*

cumprimis si Cæsareâ confirmatione fuerint corroborata,

Gail. *dict. obs. 127. n. 5.*
Musculus *citat. tract. posit. 27.*
Dn. Mulz. *laud. loc.*

18. Worzu vors Sechste kombt / daß dasselbe allbereit vor undencklichen Jahren errichtet / und niemals einige Widerspruch erlitten / sondern vielmehr dardurch gleich Anfangs in seine Würcklichkeit gesetzet worden / daß nach erloschener Linien des einen Bruders Cunonis die Succession der übrigen Anverwandschafft angediehen / eo ipso autem, quo agnati hoc pacto acquieverunt, nec quicquam ei contraveniendum aut refragandum esse duxerunt, quin potius hâc ratione ipso facto comprobârunt & ratum habuerunt, in consuetudinem irretractabilem transiit, nec non præscriptione immemoriali censetur munitum,

L. 3. rem rat. hab.
L. 1. §. ult.
L. 2. princ. de aq. & aq. pluv. arc. act.
cap. 26. X. de V. S.
Besold. *dict. Cons. 49. n. 7. part. 2. ubi plura in firmamentum adducit.*

nullo

nullo autem modo debent convelli, quæ usu & observantiâ hactenus comprobata sunt, ut in his terminis consuluit

Richter. *Cons. 289. n. 9. vol. 2.*

So wenig aber vors Siebende die hohe paciscirende Theile hierunter zusammen zu tretten / und auf eine vielbemühete Errichtung dieses zu Conservation des Namens und Stammes gereichenden Erb-Statuti zu descendiren nöhig gehabt / Falls sie damit in denen Schrancken der gemeinen Lehen-Rechten bloßhin zu bleiben intentioniret gewesen wären / so wenig ist auch die Vermuthung zu schöpffen / daß sie die Successiven nach der näheren Sippschafft schlechter Dings reguliren / darvon aber andere / so nicht so nah / allerdings ausschliessen wollen / cùm enim jamtum explorati juris sit, ut unâ lineâ deficiente altera succedat; 19.

Joan. Baptista Vincemala *Cons. 1. feudal. var. n. 102.*

Superfluum fuit, de eo providere, cùm nemo actu superfluo & frustratorio uti voluisse censeatur;

arg. *L. Titia. §. 34. ibi: non sic interpretandam scripturam, de quâ quæritur, ut fideicommissum inutile fiat. de legat. 2.*

Abbas *cons. 73. n. 3. vers. præterea. lib. 2.*

Econtra verò cum pactis ita comparatum est, ut ultra jus commune aliquid operari debeant;

Riminald. *cons. 224. n. 12.*

Brunnemann. *cons. 1. n. 283.*

Curtius Junior. *cons. 85. n. 4.*

etiamsi agatur de ejusdem correctione, ceu notanter tradit

Cravetta *cons. 92. n. 5.*

cùm facilius tollatur jus legis quàm dispositio hominis, eâque de causa hæc fortior quàm præscriptio legis reputetur, uti animadvertit

Josephus de Sesse *decis. 74. n. 51.*

20. Diese der dreyen Herrn Gebrüder hierbey geführte mehrere als gemeine Absicht wird ferner und vors Achte ein weiteres Licht erhalten / wann deren in ermeldtem Paragrapho gebrauchte Worte in reiffen Betracht gezogen werden. Dann obwol leicht zu gedencken / daß eines jedweden Wunsch gewesen / es möchte seine Linie in stetem *Flor* erhalten / und durch eine immerwährende Propagation des Männlichen Geschlechts fortgeführet werden / so zeiget doch dessen klarer Innhalt / daß sie eine Collateral-Provision zugleich zu besorgen sich angelegen seyn laßen / indeme sie alsdann wann etwa die Gebrüder einer oder mehr oder seine Manns-Erben in absteigender Linien verfallen würden / auch deren andere Gebrüdern / und deren ehelich-gebohrnen Manns-Erben gleichmäßiger Linien zu denen erledigten Herrschafften einen Zutritt verstatten wollen; Verbum autem relativum Alsdann futuri temporis tractum implicans conditionem operatur;

L. 4. §. 1. de condit. & demonstr.

ac proinde eò tendit, ut vis pacti istius gentilitii sese exserere debeat, quando una vel altera linea nullis relictis masculis successoribus decrementum est passura;

Hondedæus *cons. 31. n. 18. & cons. 49. n. 68. vol. 2.*
Brunnemann. *cons. 164. n. 55.*

unde pactum illud purificari est necesse, quando conditio illa existit;

L. 78. de V. O.

ita ut etiam casum prorsus similem comprehendere soleat;

Cephal. *cons. 644. n. 42. & seq. vol. 2.*

Da nun bey Gebrüdern keine solche Obliegenheit entstehet / Krafft deren sie ihrer übrigen Gebrüder Nachkommenschafft und Descendenten mit und beneben jenen zugleich und auf einmal unumgänglich zu bedencken schuldig und gehalten seyn sollten / es geschehe gleich solches viâ institutionis aut pacti, sondern denselben als Angewandten vom Geblüt weiter nicht als mit hertzlicher Liebe und Zuneigung beygethan zu

seyn

seyn verpflichtet sind / es seye gleich die Frage von Erb- oder auch Lehn-Güttern / wie solches ein jedweder von selbsten finden kan / und in keiner Abrede seyn wird / so ist bey denen vornehmsten Rechts-Lehrern ein einhelliger und fest gestellter Schluß / daß wann dannoch der übrigen Gebrüder Nachkommen mit und beneben selbigen zugleich Erwehnung gethan / wie auch allhier geschehen / alsdann die gewöhnliche Ordnung der Nähe nach zu succediren aus der acht gelassen / hingegen aber die weiter gesippte mit denen nähern Attinententen zugleich auf einmahl und zur Vertheilung nach denen Häuptern zugelassen werden müssen / uti ita sentiunt:

In Tractatibus

Cardinal. Tusch. *lit. O. concl. 199. n. 49.* ibi: *ut communis sit opinio in descendentibus Testatoris ut sint vocati semper ordine successivo, sed* NB. *Collateralibus communis sit, quòd simul & collectivè.*

Fernandus Vasquius *tract. de Success. tom. 1. lib. 2. §. 20. num. 120.*

ubi inquit: Si ordinata charitas esset inter eos, non erat autem ulla necessitas instituendi, neque præcisa neque causativa, veluti si fratrem meum & ejus filium heredes institui, tum vera & communis est opinio, ut pater & filius simul & æquis partibus admittantur.

Peregrinus *tract. de fideicommiss. art. 17. n. 20.*

his verbis: Secunda consideratio est, cum institutio reperitur facta de duobus copulativè, inter quos non cadit ordo necessitatis, sed charitatis & affectionis ac etiam ordo intestatæ successionis, veluti quia Testator liberis carens instituat fratrem & nepotem ex eo vel fratrem & filios ejus, tum à propria vi & naturâ copulæ, in dispositione hominis non recedendum,

per *cap. Raynutius. 16. & cap. Raynaldus. 18. X. de Testam. eamque opinionem communem esse pluribus citatis asseverat.*

Et addit paulò post *n. 23.* hæc verba: Illa autem communis conclusio indubitanter procederet, cùm Testator instituisset fratrem

& filios alterius fratris: nam inter hos ratio ordinatæ charitatis in succeſſione non conſideraretur, nempe quia conſideratur tantum reſpectu patris & filii, ac idcircò copula indubitanter conſervat naturam ſuam.

In Conſiliis

Hondedæus *Conſ. 65. n. 7. vol. 1.*

ubi hoc modo loquitur: Confirmantur prædicta, quoniam clara eſt concluſio, quod ceſſante neceſſitate relinquendi magis uni, quam alteri, & ſtante ſolo ordine charitatis & affectionis, absque ullâ neceſſitate relinquendi, relictum alicui & ejus filiis non cenſetur relictum ordine ſucceſſivo ſed æqualiter patri & filiis.

Et addit, quòd in judicando & conſulendo ab hâc opinione non ſit recedendum, eaque opinio communiter approbata ſit.

Alexander *Conſ. 129. n. 7. lib. 5.*

ubi ait: Communiter tenetur, quod quando talis diſpoſitio ſubſtitutionis fit inter perſonas inter quas caderet ordo affectionis & charitatis, abſtractus tamen ab omni neceſſitate debiti naturalis videantur ſimul invitati & non ordine ſucceſſivo.

Menoch. *Conſ. 496. n. 3.*

Ubi ſententiæ huic conſimilibus verbis adſtipulatur, ab eaque tanquam communi in judicando recedi haud debere pronunciat.

In Deciſionibus

Boërius *deciſ. 185. n. 16.*

ubi hæc verba habet: Et magis communis ac vera opinio approbata eſt ſecundum Alexandrum, quòd ſi ab extraneo fuerint inſtituti heredes, intelligantur pro ſuis ratis & partibus vocati, poſtquam non ſunt de deſcendentibus Teſtatoris ab eo de neceſſitate vocandis ſeu inſtituendis.

Surdus *deciſ. 346. n. 4.*

Quando, ait ibi, ceſſat neceſſitas inſtituendi, veluti ſi ſubſtitutio facta eſt de fratre & ejus filiis, non habet locum ordo ſucceſſivus,

ſed

sed omnes eodem tempore succedunt: Et statim addit: quòd sit opinio communis & generaliter obtineat, quando cessat necessitas instituendi, licet subsit charitas & affectio.

Berlich. *part. 3. decis. 314. n. 58.*

ubi accommodatè hoc modo sese explicat: Quando autem plures vocantur per copulam, inter quos quidem cadit ordo charitatis & affectionis sed sine necessitate instituendi, tum omnes collectivè cum nominatim expressis censentur simul & semel æqualiter & pariter vocati.

Et subjungit porrò *n. 72.* Sententiam hanc esse communem & meritò tàm in judicando quàm consulendo sequendam.

Welchemnach kein Zweiffel / daß wann etwa in der andern Linie Herr Philipp Ludwig abgehen wird / alsdann mit denen Patruis die Herren Bruders Söhne / worvon die Frage ist / zur Participation dessen Land und Herrschafften nothwendig admittiret werden müssen.

Und thut hieran vors Neunte keine Hinderung / daß diese Meynung allein Platz ergreiffe / wann die Institution unter dem Nahmen der Kinder / welche allschon dero Zeit gebohren gewesen / beschehen / keines Weges aber auf den Fall gezogen werden könne / wann das Absehen auf die Kinder / so künfftig noch sollen gebohren werden / geführet wird / als von welchem sich nicht sagen lassen können / daß der Testator oder Paciscent dieses mit gleichmäßigem Wolwillen als den Vatter gemeynet habe / oder auch wann der Testator seinen Bruder und dessen Erben / wie hiesigen Orts an Seiten der Paciscenten geschehen / instituiret / indeme bekandt / daß niemand bey des andern Lebzeiten beerbfället werden könne / gestalt von dieser Declaration und Restruction Meldung thut 21.

Menoch. *lib. 4. præsumpt. 70. num. 22. & 27. ubi plures commemorat.*

Massen hierauf zu wissen / daß dieser Meynung und Auslegung andere / und zwar mit mehrerem Grund widersprechen / Gestalt mit klaren Worten solches an Tag giebt

Peregrin.

Peregrin. *dict. art. 17. n. 26.*

ubi pro firmamento contrariæ & nostræ opinionis hæc verba adducit: Nulla necessitas efflagitat, ut à copula quæ in citatis *cap. 16. & 18. X. de Testam.* (*tanquam textibus probantibus & fundamentalibus*) reperitur, recedamus.

22. Worzu kombt / daß die Ursach berührten Haubt-Moments nicht sowol in affectione, so der Testator oder die Paciscenten gegen die allbereits gebohrne Kinder gehabt / bestehe / zumal da auch auf gewiße Maas gegen die nachkommene Descendenten solche bezeiget und erstrecket werden könne / sondern vielmehr dahin gerichtet seye / daß dieselbe einige Persohnen zugelassen und bedacht / welche sie mit und beneben andern / so in nähern Grad stehen / zu instituiren und zu bedencken keines Weges obligiret und gehalten waren / wie bemercksam erhärten Paulus de Castro, Aretinus, Alexander, Jason & alii ad

L. 29. §. 1. de lib. & posth. hered. instit.

Neque enim quælibet opinio umbram tantummodò rationis habens amplectanda, sed ei tantummodò quæ firmiori ratione est munita & causæ visceribus melius consulere deprehenditur, inhærendum

Hartmann. Pistor. *lib. 2. quæst. 36. n. 30. & quæst. 41. n. 35.*

cùm ratio major elidat minorem,

Brunnemann. *Cons. 159. n. 33.*

& rationis duntaxat necessariò concludentis vehiculum fit usurpandum;

Besold. *cons. 232. n. 75. part. 5.*

23. Dahero auch eben wenig im Weg lieget / obgleich an Seiten des Testatoris oder auch der Paciscenten das Wort: Erben / gebrauchet worden / in Betracht hiesigen Orts nicht die Frage ist: An viventis quisquam heres esse possit? Sed potius: An paciscentes fratrum heredes non minus ac ipsos fratres instituisse iisque providere voluisse censeantur ad hoc ut simul & unà cum his ad successionem aspirare

rare

rare possint? Quod verò hîc asserendum esse ex invincibili ratione, quòd nulla eos instituendi & admittendi obligatione constringebantur, assertum in præced. n. 8.

Ob sothanem dergestalt befestigtem Rechts-Grund entstehet 24.
vors Zehende eine beweißliche Anzeige / daß auf alle und jede in berührtem Paragrapho ferner enthaltene Worte / und sonderlich auf die Particulas: Und / und Zugleich / um so vielmehr genaue Achtung gegeben / dieselbe auch in ihrem natürlichen und gewöhnlichen Verstand gelassen / und davon nicht abgegangen werden müße. Und zwar was die Particulam: Und / betrifft / indeme der Context solcher Gestalt eingerichtet: Und Ihrer Liebden ehelich gebohrne Leibs-Manns-Erben in absteigender Linien 2c. so ist allerdings unverborgen / quòd particulæ hujus vis ac proprietas in eo consistat, ut non limitativè neque restrictivè sed augmentativè accipiatur & proximè præcedentem dispositionem augeat, ceu multis adductis probat

Brunnemann. *cons. 162. n. 533.*

vel ut alii explicatius efferunt, suâ naturâ qualitatem præcedentis copulati attribuat sequenti & naturam priorem tribuat posteriori, æqualiterve conjungat, doctè & pertinenter monente

Besoldo *Cons. 230. n. 11.*

Quin & de naturâ copulæ sit, ut par jus tribuat, sic ut omnes personæ copulatæ simul & conjunctim vocatæ intelligantur,

Mynsing. *Respons. 6. n. 12. & 13. decad. 12.*

cùm verborum copulativorum & continuativorum ea sit indoles, ut qualitates ex eâdem causâ provenientes iis, quæ copulata sunt, oppidò communicet, uti eleganter loquitur

Joan. Francisc. de Rippa *inter Cons. feudal. varior. cons. 15. n. 24.*

Da nun in gegenwärtigem Fall keine Grundmäßige Ursach / um derent- 25.
willen à vero & emphatico particulæ hujus significatu abgegangen werden könne und solle / angezeiget werden kan / vielmehr aber die in

num. 8.

num. 8. fest-gestellte Motiven einen andern abwegigen und widrigen Verstand zumal nicht verstattet / als wird es billig dabey sein Verbleibens haben / und jetzt-maligen Bruders-Söhnen mit deren Patruis die Feudal-Succession angedeyhen müssen / ubi enim diversitas *rationis* allegari nequit, ibi meritò identitas juris inferri debet, cùm eadem ratio eundem juris effectum operetur;

Gloss. *in cap. 1. de tempor. ordin. in 6to.*

Et quos nectit paritas, æquitas & identitas rationis, illi quoad juris dispositionem haudquaquam sunt separandi,

L. 108. de V. S.

Cons. Argent. 17. n. 65. vol. 1.

cumprimis cùm alioquin absonum, inconvenientem & absurdum intellectum inde necessariò resultare sit necesse, dum ex mente pariter juris & paciscentium fratrum filii, qui nullo necessitatis vinculo ad successionem feudalem alioquin vocantur, tamen hujus capaces redduntur, hâc verò prorsus destituerentur, si verbum hoc copulativum in extraneum & inconvenientem sensum detorqueri deberet: Abstinendum autem providè ab eâ interpretatione & acceptione, quæ citra absurditatem asseri nequit;

Cacheran. *cons. 12. n. 49.*

Richter. *cons. 31. n. 157. part. 3. vol. 1.*

26. Um somehr da sonsten nothwendig erfolgen müste / daß die hohen Paciscenten bey ihrer sonsten sowol und dem gantzen Stamm-Hauß zum Besten angesehenen Provision auf eine gantz insupportable und irreconciliabile Widerspruch verfallen würden / ea autem capienda interpretatio, ne statuentes videantur sibi contradixisse, ut appositè ingeminat

Casalis Marentus *Cons. 10. n. 12.*

& in interpretando sedulò advertendum, ut repugnantia evitetur & tollatur;

Fachinæus *cons. 57. n. 20. lib. 1.*

Et

Et quòd etiam in omni concessione ac provisione laudata particula *Et* semper aliquem effectum habere, itaque intelligi debeat, ut aliquid operetur in commodum earum, quorum intuitu ejus adjectio facta, demonstrat promptè & convenienter

Joan. Franciscus de Rippa *dict. cons. 15. n. 24.*

Gleichmäßige Beschaffenheit hat es auch vors Eilffte mit der Particulâ: Zugleich / indeme an bemeldtem Ort die Versehung geschehen / daß im begebendem Fall die andere Brüder und deren Erben die Herrschafften / und was davon herrühret / zugleich zugemessen und zu gebrauchen haben sollen. Dictio autem, *Simul*, in omni jure vim conjunctionis habere & paritatem juris inducere inconfessò est; 27.

Et quidem ex Jure Civili per

L. 66. de hered. instit.

L. 16. §. ult. de Legat. 1.

Ex feudali per text. in

2. feud. 12. & 18.

Et demum ex Canonico, per

cap. venerabilem. §. quod autem. ibi: jure pariter & exemplo. X. de Elect.

Quam ob causam constans & immota Interpp. est sententia, quod intuitu particulæ: *Æquè* ac *Simul*, quilibet eorum, quorum mentio in dispositione, investiturâ vel pacto facta, pari conditione & jure invitati & vocati esse censeantur, ceu magistraliter firmat

Mynsing. *Cons. 6. n. 23. decad. 12.*

Idque jam olim ex antiquioribus Bartolum quoque & Jasonem sensisse dilucidatur ex illis, quæ conspicuis verbis consignârunt in

L. 32. de vulg. & pup. substit.

L. ult. C. de impub. substit.

Singulariter verò huc referendum porisma, quod juribus pariter & sententiis Doctorum convenienter produxit & præjudicio roboravit

 Carpzov.

Carpzov. *Jur. For. part. 3. const. 9. def. 15. n. 3.*

ubi ita ait: Sed hoc ita, nisi Testator per particulam: *Æquè* vel *Simul* eos omnes heredes instituerit: Operatur siquidem hoc verbum, ut heredes diversarum familiarum instituti non in *stirpes sed* in capita, sive ex portionibus virilibus succedant: Verba præjudicii hæc sunt: So wird seine Erbschafft unter seine und seines Weibes Freunden zugleich nach den Häubtern oder der Personen Anzahl vertheilet.

28. Da nun auch hierbey eben wenig kein beständiger Abfall zu zeigen / so wird auch æqualitas successionis inter patruos & fratrum filios dadurch / daß diese mit jenen ungleichen Grads / keines Weges unterbrochen werden können / eò magis quò una determinatio respiciens plures determinationis debeat æqualiter determinare;

Riminald. *Cons. 631. n. 22.*

Giurba *in Consuet. Messan. cap. 3. gloss. 2. n. 12.*

29. Vielmehr ist es vors Zwölffte an denen / daß die jenige / welchen vermittelst berührter Worten: *Et* nec non: *Æquè*, prospiciret worden / pro simultaneè investitis geachtet werden müssen; Nam quotiescunque multi in diversis & disparibus gradibus constituti simul vocantur, nullus solet haberi respectus ad ordinem succedendi, sed omnes unà vel pariter censentur vocati, quippe cùm dictio: *Unà* vel *Simul*, non tantum conjungat, verum etiam simultaneam investituram inducat, verba sunt convenientissima & in terminis

Hartmanni Pistoris *lib. 2. quæst. 21. n. 25.*

Quibus consona tradiderunt

Wesenb. *Cons. 41. n. 84. & seqq. part. 1. & Cons. 128. n. 20. & seqq. part. 3.*

Besoldus *Cons. 258. n. 70.*

ubi addit: Quòd successio simultaneè investitis tametsi remotioribus cum aliis viritim tribuatur.

30. Und dieses nicht ohne Ursach / cùm fratrum filii tali casu non aliter,

aliter, quàm jure proprio, nimirum ex pacto investituræ individuæ admittantur, ob eamque unà & simul succedant,

Besold. *dict. loc. n. 70.*
Wesenb. *dict. Cons. 128. n. 18. p. 3.*

ubi in terminis terminantibus cum Baldo hunc in modum sese explicat: Communis est sententia, quod in feudis succedant fratrum filii sicut agnati remotiores in capita ex suâ personâ, non in stirpes jure repræsentationis ex patris personâ, quæ hîc non consideratur, cùm jure suo ex beneficio primi acquirentis, non ex personâ vel jure patris succedant.

Bey welcher der Sachen Grundmäßig gezeigten Beschaffenheit 31.
das commune & vulgatum brocardicum, quod collectivo nomine vocati censeantur vocati ordine successivo gradatim & servatâ gradus prærogativâ, vors Dreyzehende eine gantz andere Gestalt gewinnet / und anhero gar nicht appliciret werden kan / anerwogen der Rechts-Lehrer einstimmige Meynung dahin gehet / quod Jus collectivum in iis haud obtineat, quibus sub particula: *Æquè*, Zugleich / aditus ad feuda factus, in æquales siquidem partes seu in capita succedere & admitti debeant, ceu ad literam astruunt

Vincentius Fusarius *tract. de Subst. fideicommiss. quæst. 477. n. 20.*
Wesenb. *dict. Cons. 128. n. 34.*
Brunnemann. *Cons. 9. n. 13. & 14.*
Berlich. *decis. 313. n. 22. part. 3.*

Quibus etiam singularem applausum addunt, quæ perspicuis verbis relinquit,

Cardinal. Tusch. *lit. N. concl. 55. num. 4. & concl. 56. num. 5. & 6.*

ubi ita ait: Nam si nomen collectivum liberorum ponitur copulativè in substitutione directâ in personis, in quas cadit solus ordo charitatis, prout si instituo fratrem meum & ejus liberos, tum non

 impor-

importat ordinem successivum neque fideicommissum, sed pariter ac simul sunt instituti, frater in medietate & ejus liberi in aliâ medietate, & addit: communem & magis communem esse sententiam.

Porrò hæc verba habet

Idem *lit. O. concl. 199. n. 85.*

Declara, inquit, quartò, ut cesset ordo successivus, quando Testator dixit, quòd substituebat sororem vel fratrem, quia sive illos exprimat, sive non per nomina propria sive appellativa succedent simul, quia dictio unà conjungit pariter: statim subjungens, idem obtinere, quando substituit fratrem ac etiam filios fratris. Neque præteriri merentur verba, quæ novissimè pro stabiliendâ hâc theoricâ expressit

Harprecht. *Conf. 91. n. 118.*

dum præmissâ in num. præc. conformi opinione in ejus confirmationem Jasonis sententiam subjicit & addit: Dictionis æque, hanc esse naturam, ut non attentâ proprietate dictionum collectivarum NB. portiones æquales distribuat.

32. Hierneben und vors Vierzehende / ist auch auf die Verordnungs-Worte so in offtberührtem Paragrapho enthalten / Achtung zu geben / als wodurch allen und jeden Stamms-Agnatis imponiret wird / in keine Weiß und Wege darwider zu handlen / sondern sothanen Erb-Statuto simultaneo seinen ungehinderten Lauff zu laßen / verbum siquidem Sollen / præcisam necessitatem importat, nullumque actum in contrarium admittit;

Schrader. *de feud. part. 10. sect. 15. n. 15. & 17. & sect. 20. num. 26.*

quin etiam formam inducere censetur;

Klock. *Conf. 6. n. 170. tom. 1.*

33. Bey allen diesen Concurrentien / und da beydes eine vi hujus pacti auf die Bruders Erben ohne einige Schuldigkeit erstreckte und sub

n. 8.

n. 8. erhärtete Provision sich hervorthut / mit selbiger auch alle bißanhero erklärte Worte und Particulæ übereinstimmen / ist vors Funffzehende unwiedersprechlich abzunehmen / daß wann man diese auf einen andern Verstand ziehen / und von denen jenigen allein / so in paritate gradus stehen / auslegen wollte / alsdann von der optimorum & probatissimorum Interpp. authoritate & assensu recipirte zu einem durchgehenden Recht-Schluß angediehen / und solcher Opinion, so auch in judicando für eine Norm und Richt-Schnur geachtet werden muß / ein intollerabler Absprung genommen werden würde; da nun ohnedeme niemand in Abrede seyn kan / quòd verborum proprietati præcisè inhærendum;

Klock. *cons. 182. n. 290. tom. 3.*

& verba in sensu nativo & proprio intelligenda,

Schrader. *de feud. part. 8. cap. 1. n. 34.*

Marcus Antonius de Amatis *decis. 104. n. 53. & 54.*

cumprimis quandò verba statuti & pacti sunt clara, & simpliciter ac distinctè loquuntur, tum enim absque ullâ restitutione intelligi debent, etiam in correctoriis, ut notanter declarat

Joan. Franciscus Andreolus *controv. 132. n. 12. & 13.*

neque enim interpretationem patiuntur verba clara & manifesta,

Fichard. *Cons. 146. n. 11. vol. 2.*

Cravett. *Consil. 987. n. 10. & cons. 1000. n. 40. & 282.*

nec opus est in verbis claris per argumenta & ratiocinationes incedere,

Baldus *in L. 18. C. de jur. delib.*

cùm id videatur actum, quod colligitur ex verbis, & verba sint forma contractus, quæ dat esse rei & à quâ recedi non debeat;

Fichard. *cons. 147. n. 22. vol. 2.*

& verba debeant prævalere conjectæ menti,

Mevius *ad Jus Lubec. lib. 1. quæst. 10. n. 3.*

Præterea verba pacti non debeant esse otiosa aut superflua, sed etiam usque ad minimam syllabam aliquid etiam ultra jus commune operari,

Curtius Junior *conf. 85. n. 4.*
Hondedæus *conf. 4. n. 60. vol. 1.*
Cothmann. *Respons. 44. n. 21. vol. 4.*
Surdus *conf. 127. n. 9.*

præcipuè cùm verba ubi adsunt, de mente disponentium ulterius dubitandum non sit;

Brunnemann. *conf. 139. n. 57.*

& voluntatis quæstio admitti non debeat, quando nulla in verbis est ambiguitas,

Loffred. *Conf. feud. 9. n. 27. in fin. & seqq.*
Anton. Faber. *in Cod. lib. 6. tit. 18. def. 3. n. 7.*

34. So ist es an dem / daß eine legale mit stärckeren Gründen verwahrte und von den meisten und vornehmsten Rechts-Lehrern behauptete Meynung keinen Anstoß leyden müße / abstinendum siquidem ab interpretatione, quæ communi Interpretum opinioni refragatur, cùm ab hâc ne judex quidem recedere licentiam habeat, aliàs experturus ut sententia ejus ceu iniqua retractetur, ceu multis in medium allatis probat

Martinus Chemnitius apud Brunnemann. *conf. ult. n. 197.*
Add. Nicolaus Vincentius Scoppa *Obs. Theor. pract. 48. n. 6.*

præcipuè, quando melioribus rationibus est munita & rei veritati magis congruit;

Cæsar. Argelus de Paltronibus *Comment. ad L. ult. C. de Edict. Div. Hadrian. toll. quæst. 8. artic. 18. n. 43.*

tametsi multi imò plures contrarium statuant;

Brunnemann. *conf. 162. n. 642.*

cùm opiniones non numerari sed ponderari, non à multitudine sed firmate æstimari conveniat, ut eruditè monet

Stepha-

Stephanus de Phœdericis *tract. de Interpr. leg. part. ult. pag. 272. ibi : tertia regula est.*

Idquè eò magis, quo secundum hanc sententiam multoties pronunciatum, cum judicata etiam in supremis Imperii Tribunalibus præjudicium afferant & sequenda sint;

Vultej. *Cons. Marpurg. 29. n. 108. vol. 3.*

Et de communi opinione, quæ stabilimentum firmæ rationis, nec non judicati pro se habet, prædicari meratur, quòd legi æquiparetur & tanquam jus servari debeat;

Tabor: Barbos. *lib. 13. cap. 25. axiom. 8.*

Ja es würde auch vors Sechzehende denen Bruders Söhnen hierdurch zu kurtz geschehen / und diejenige Lands-Participation, worzu ihnen der Weg per Pacta Majorum eröffnet worden / gäntzlich abgeschnitten werden; Jus autem certis personis per primam investituram vel etiam solicitam Agnatorum paciscentium provisionem quæsitum nullâ ratione ipsis adimi debet; 35.

1. Feud. 8.

Christinæus *vol. 6. decis. 14. n. 33.*

& pactum ad favorem eorum collimans in læsionem eorum detorqueri rationi haud convenit,

L. 6. C. de LL.

Matthæus *Cons. Marp. 25. n. 33. vol. 3.*

Mantica *de Tac. & amb. Convent. lib. 3. tit. 7. n. 23.*

Interpretatio quoque haud recipienda, quæ tendit in alterius præjudicium;

cap. 13. de præb. in 6to.

cùm alioquin verba pacti operarentur contra intentionem legis & mentem disponentium quòd fieri nequit nullumque effectum sortiri potest;

Marius Giurba *decis. Messan. 51. n. 51.*

singulare his patrocinium præstant, quæ verbis prorsus accommodis

modis & ponderosis cumulant,

Berlich. *dict. decis. 214. n. 59.*

Aliàs enim si propter naturam verborum collectivorum remotiores excluderentur, sequeretur ne dum absurditas vel inconveniens, quod remotiores suâ spe & fiduciâ exciderent, suâ industriâ defraudarentur, feudum ad proximiores & eorum descendentes in infinitum perveniret, & illi, qui tempore devoluti feudi fuerunt remotiores, penitus excluderentur, & post omnes descendentes proximiores rejicerentur &c.

36. Und ob man wohl hiergegen auf die Bahn bringen wollte / es seye dieses Autoris Meynung allein auf Investituram simultaneam Jure Saxonico receptam gerichtet / mit welcher es eine besondere Beschaffenheit habe / so dienet doch hierauf zur Antwort / daß nicht so sehr auf das jenige / worauf ersagte Meynung gerichtet / als vielmehr auf die jenige treffliche Gründe / womit dieselbe unterstützet worden / die Absicht genommen werden müsse / ratio siquidem est anima legis ipsamque singulariter commendat;

L. 17. de LL.

Si enim in dubio quoque Legislatorem perfectè potius quàm imperfectè ratiocinatum fuisse præsumimus, eò quòd in lege condenda prudenter eum egisse & voluntate non opinione eam tulisse credamus, ut benè monet

Feltmann. *Comm. ad ff. in d. l. 17.*

Sanè tantò magis illi rationi inhærendum, quæ lumini naturali, æquitatis fomento, & terminorum significationi congruit, cùm ratio naturalis in omnium dispositionum interpretatione dicatur esse potentissima;

Tabor. Barbos. *locupl. lib. 16. cap. 5. artic. 2.*

37. Nun hat aber ersagter Autor hierbey seine vernünfftige Gedancken auf zweyerley gerichtet an einem Theil darauf / quòd si plures conjuncti fuerint quos non necessitas instituendi sed solus ordo charitatis &

affectio-

affectionis vocabat, censeantur omnes simul & æqualiter vocati & admissi wie zu sehen ex

dict. decis. n. 58.

Da nun sothanes unhintertriebliches Dogma allbereit vor uralten Zeiten her und zwar von einer grossen Menge der jenigen Interpretum, so extra Saxoniam gelebet / recipiret und stabiliret worden / wie deren sub n. 8. Erwehnung geschehen / so wird mit obigem Einwurff um so weniger aufzukommen seyn.

Am andern Theil aber hierauf / quòd collectivo nomine desi- 38.
gnatis addita sit particula: *æquè, æqualiter, pariter,* Zugleich / quæ itidem vocationem æqualem & in capita post se trahat, allermassen erhellet ex

decis. 213. n. 22.

welcher Rechts-Grund eben wol von vielen alten Interppr. so auf das Sächsische Land-Recht gar nicht reflectiret / authentisiret worden / wie deren einige selbsten anführet

Berlich. *cit. n. 22.*

Anitzo nicht zu widerholen / daß auch eben um sothaner Abfaßung willen gegenwärtiges Pactum Gentilitium eine Ideam simultaneæ Investituræ nach sich führe / wie allereit bewähret worden

in Rat. Decid. 12.

Gleichwie nun sothane beyde Dogmata & Momenta sich sonderlich 39.
auch auf diese Stamms-Vereinigung schicklich appliciren laßen / so wird das gemeine Problema gleichfals Platz ergreiffen müßen / quòd ubi eadem ratio etiam eadem juris dispositio militare debeat, cùm identitas rationis causetur legis, statuti, pacti, alteriusve dispositionis identitatem & eapropter fortissimum præbeat argumentum;

L. 32. ad L. Aquil.

Everhard. *top. legal. loc. à rat. leg. 1.*

unde benè scribit

Alexander. *Cons. 36. n. 11. lib. 6.*

Quod sicut genus continet omnem speciem ita generalis ratio contineat omnem casum, uti hunc laudat & refert

Brunnemann. *Cons. 134. n. 31.*

40. Beschließlich und vors Siebenzehende ist auch noch in Consideration zu ziehen und zu betrachten / daß weyland Herr Johann Anton / als Herr Vatter eines von der Gebrüder Söhnen Herrn Georg Friderichs in Faveur seiner Herren Gebrüder dem in seiner Linien ihme allbereit angefallene Successions-Recht / solang dieselbe Männliche Descendenten nach sich verlaßen würden / renunciiret / hingegen aber in der andern von Herrn Philipp herrührenden Linien / wann der darinnen noch übergebliebene einige Agnatus Herr Philipp Ludwig zeitlichen Todes verbleichen sollte / sich und seinen Männlichen Erben und Descendenten die Succession austrücklich vorbehalten / wie dessen in der überschickten Facti Specie und dem darunter gesetzten Entwurff zugleich Meldung geschehen. Gleichwie nun hochgedachter Herr Vatter außer allem Zweiffel auf das à majoribus errichtete zum öfftern berührte Erb-Statutum oder Pactum Familiæ hierunter regradiret / und in der festen Meynung gestanden / daß deßen Sohn bey gäntzlichem Abgang aller von Herrn Philipp abstammenden Descendenten mit seinen des Vatters Gebrüdern Krafft solchen pacti gentilitii simultanei zugleich succediren sollte / also werden auch die Patrui denen Bruders Söhnen die Consuccession zu verstatten / und dadurch beydes Pactum majorum als auch Paternum conservativum den intendirten Zweck erreichen zu lassen um so vielweniger zu difficultiren Ursach und Anlaß nehmen können / cùm reservatio conservet jus in eo statu in quo antea fuit;

Joseph. de Sesse *decis. 113. n. 90.*
Mevius *part. 1. decis. 55. n. 4.*

& provisio paterna tantò magis observari meretur, quò cum renunciatione juris succedendi est conjuncta, quòd pater cum fratribus suis commune habuit, magnum siquidem uti ad ipsos inde

dima-

dimanavit beneficium, ita etiam ductu naturali exigente singularia gratiæ commercia expostulat;

L. 25. §. 11. de hered. petit.

cùm beneficentia nemini dispendio & incommodo cedere debeat;

L. 7. ut leg. vel fideic. nom. cav.

Mevius *part. 2. decis. 208. n. 3.*

RESPONSIONES AD RATIONES DUBITANDI.

Die Oblauts obmovirte Zweiffel-Gründe werden vermittelst der 41.
darauf eingeführten nach Gelegenheit dieses Falls und dabey vorkommenden Umständen dargestellten Satz-Gründen nullo negotio unterbrochen und hintertrieben. Allermassen der Erste in Successione feudali ordinariâ & legali, nicht aber conventionali, extraordinariâ & pactitiâ Platz findet / cùm Pacta consuetum in linea collaterali succedendi modum alterare & à gradus prærogativâ secessum facere possint;

2. feud. 48.

Mantica *de tac. & amb. convent. lib. 23. tit. 22. n. 26.*

& primæ investituræ non habeatur ratio, quando postea aliquid expresse mutatum reperitur;

Casalis Manentus *Cons. 46. n. 65.*

Ingleichen wird proximitas respectu ultimi vasalli, den Zweyten 42.
anreichend / angesehen / wann ordo succedendi ab intestato in seiner Richtigkeit bleibet / besonders aber ein Vasallus Kinder hinterlassen / als welche dessen Bruder / obgleich selbiger primo acquirenti näher attiniret / præferiret werden /

2. feud. 37. ibi: ad agnatum proximiorem.

Ludwell. *Syn. feud. cap. 10. vers. collaterales.*

43. Soviel aber / auf den Dritten zu antworten / die Fideicommissa und das dahero auf die Feuda gezogene Argument anlangt / so muß selbiges gleichfalls in seiner Maas / und wann nichts anders per Pacta & Statuta versehen worden / verstanden werden / argumenta enim *aliunde* desumpta præsuppositis terminis habilibus procedunt, haud verò locum inveniunt, quando sese res habet diverso modo in uno casu ut in alio;

Cæsar Argelus de Paltronibus *ad L. ult. C. de Edict. Div. Hadrian. toll. quæst. 4. artic. 1. n. 46.*

Hondedæus *Cons. 14. n. 76. vol. 2.*

44. Wiewohl auch in transcursu nicht unerrinnert zu lassen / daß deren Meynung / welche in fideicommissis die proximitatem à Testatore gravante, und nicht ab herede gravato herholen / wann man sancita juris civilis ansiehet / und denenselben keinen Beysatz andichtet / eben nicht zu verwerffen / cùm textus, in quo hujus rei vestigia deprehenduntur, hoc ipsum apertè satis insinuet in

L. 32. §. ult. de Legat. 2.
add. *L. ult. C. de V. S.*
L. 67. §. 1. & seq. de Legat. 2.

Dahero gar viele von der widrigen Meynung abstrahiren / und diese vor bewährter erachten / wie solche der Länge nach anführet

Hartmann. Pistor. *lib. 3. quæst. 23. n. 42.*

Dem in Rat. Dubit. 4. enthaltenem Zweiffel ist allschon in Rat. Decid. 13. gründlich begegnet worden / wohin man sich bezogen haben will.

45. Mit denen Worten: *Deinde* nec non *Ulteriores*, will bey gegenwärtigem Fall / da nicht nur andere nachtrückliche Wörter exprimiret / von denen in Rat. Decid. 10. & 11. Erwehnung gethan / sondern auch solche Persohnen bedacht worden / welchen die hohen Paciscenten zu prospiciren keines Weges gehalten gewesen / worvon gründmäßige Anzeige geschehen / in Rat. Decid. 8. gar nichts ausgerichtet werden / wordurch

wordurch dann auch der Fünffte Zweiffel aus dem Weg geräumet wird.

Und eben hierdurch zerfället auch der Sechste Zweiffel / indeme nicht die äusserliche Benennung der Erben / sondern vielmehr die jenige Qualität / so darunter verborgen ligt / daß nemlich dieselbe Krafft dieses Pacti gentilitii mit der Succession zugleich zu befällen / keine Schuldigkeit vorhanden gewesen / anzusehen / wie breitern Innhalts Ration. Decid. 9. vor Augen gestellet worden. 46.

Ohn ist es zwar nicht / daß den Siebenden Einwurff anreichend / mens paciscentium anzusehen und derselbe nach der Conformität der gemeinen Rechten einzurichten / es findet aber diese gemeine Theorica gar keine statt / quando aliam fuisse mentem paciscentium ex ipsis verborum visceribus apparet, massen daß dieselbe eine Gleichheit unter denen Brüdern und Bruders Söhnen halten wollen / eben ob mehrberührter Qualität offenbar erhellet / wie man sich dißfalls abermahl ad dict. Rat. Decid. 8. beziehet. 47.

Der aber vom Richtero in angezogenem *Consilio 322.* enthaltene Fall ist diesem gar nicht gleich / indeme darinnen nicht zugleich der Erben ungleichen Grads Meldung gethan / wie allhier geschicht / sondern insgemein die Erben beyder Eheleuten zur Erbschafft zugleich beruffen worden / und dahero kein Wunder / daß eines jedweden Ehegatten nächste Freunde und Verwandten allein zugelassen werden müssen. 48.

Auf den in Rat. Dubit. 8. angezogenen sehr beruffenen und per varias Feudistarum interpretationes, explicationes & deliberationes exagitirten Text ist gar leicht zu reponiren / daß ein Unterscheid zu machen inter vocationem linearum indefinitam, indeterminatam seu generalem, & econtra eam, quæ fit cum speciali nonnihil & expressa personarum diversi gradus commemoratione & quidem earum cumprimis quas paciscentes ex parte vocare & instituere nullâ ratione obligantur.

Bey jener schließen die meiste Interpp. und darunter auch der anzogene Gœddeus, daß selbige observatâ gradus prærogativâ verstan-

den werden müße: Weit anders aber verhält es sich mit dieser / indeme dadurch die Paciscenten offenbahr zu verstehen geben wollen / daß sie eine andere Art / als in denen Lehen-Rechten enthalten / bey ihrem hohen Geschlecht einführen / und das Absehen nicht auf die *nähere* Stamms-Agnaten allein nehmen / sondern mit und benebenst denselbigen auch andere / so nicht so nah / der Lehen-Succession zugleich genießen laßen wollen / wie in der schon zum öfftern angeführten Rat. Decid. 8. & seqq. Anleitung geschehen.

49. Gleichwie auch den Neunten Einwurff abzulehnen / allen Paciscenten frey stehet / auch bey Lehen-Güttern / bevorab accedente confirmatione Cæsareâ zu disponiren / wie es mit der Successione Collateralium gehalten werden solle / also findet sich auch von selbsten / daß durch dessen Erfolg und Veranstaltung niemand einiges Recht entzogen werde / um so mehr / da in keinem Zweiffel gezogen werden kan / quòd successio Collateralium à jure naturæ non præcipiatur sed saltem ex propensione aliquâ seu inclinatione erga sanguinem ortum ducat,

vid. Puffendorff. *lib. 4. cap. 11. §. 14. & seqq.*

Und obwol die Collaterales ad feuda ex provisione primi acquirentis beruffen werden / so ist es doch an deme / daß einem Geschlecht / unter denenselben eine andere Ordnung zu veranstatten / und mit denen näheren auch andere / so ungleichen Grads / zur Succession zu admittiren / die Hände keines Weges gebunden werden.

50. Wie wenig auch der Zehende und Letzte Einwurff anlangen könne / wird dahero ohnschwehr abzunehmen seyn / daß eine schädliche Dispersion und Zergliederung eines gantzen Geschlechts tanquam totius Corporis von einer convenablen und raisonnablen Eintheilung gewisser Agnaten tanquam membrorum familiæ gar wol und bedächtlich unterschieden werden müße. Daß von dieser allein und nicht von jenen die Frage seye / auch durch die Consuccession der Bruders-Kinder jene so wenig erfolgen könne / als wenig jemals der Paciscenten Meynung gewesen / dergleichen Scissur zn verhängen und einzuführen / wird ein jeder von selbsten ermeßen können / welcher nur der Sachen nachdencket /

dencket / und anbey den Endzweck um derentwillen die Succession an Seiten der Bruders Söhnen gesuchet wird / reifflich überleget: Nemlich daß bey zusammenbleibenden Land- und Herrschafften ersagte Bruders-Söhne theils wegen der à Nepotibus vi Pacti Gentilitii unter denen Stamms-Agnaten gestiffteten Gleichheit / theils auch wegen des von Weyland Hern Johann Anton ihme und seinem Sohn zum besten errichteten Pacti Conservativi diejenige Lehenschafften / so nach Absterben des in der einen Linien annoch übrigen Stamms-Attinenten Herrn Philipp Ludwig erlediget werden / mit und benebenst ihrer Vatters-Brüdern zu gleichen Theilen und in capita befället / auch solcher Gestalt keiner von ihnen allen ohne Land und Leuten gelaßen werden möge. Massen gewißlich nichts betrübters seyn kan / und mehr zu Gemüth tringen muß / als von einem hohen Geschlecht / welches einem immediaten Reichs-Stand repræsentiret / herzustammen und zu posteriren / gleichwol aber nicht des geringsten Antheils von denenjenigen hohen Regalien und ansehnlichen Lehenbahren Herrschafften / wormit deren erstmaliger Ur-Anherr vormals investiret worden / fähig zu werden und zu geniesen / wie gar vernünfftig errinnert und in Referendo ac Decidendo solches wol appliciret

Tabor. *Relat. Argent. 95. in respons. ad n. 9. & 11.*

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM XLVII.

Rationes quomodo ordinatæ esse debeant, ut pro fide dignis & ex asse perfectis habeantur?

An defectus circa illas occurrentes vel juramento ipsius Administratoris, vel illo mortuo oblato ab ipsius heredibus Juramento credulitatis suppleri valeant?

Quando Rationes pro approbatis nec non redditis & ex punctis reputentur?

An Administrator vel ejus Heredes ab earum redditione præscriptionis exceptione sese liberare valeant?

Wie Rechnungen beschaffen seyn müssen / wann solche vor vollkommen und in allen Stücken rechtlicher Gebühr nach eingerichtet zu halten und zu passiren seyen?

Ob die darbey vorkommende Mängel dardurch ergäntzet werdẽ können/wann entweder der berechnete Diener selbsten solche zu beschwören/oder nach dessen Tod die hinterlassene Erben zu dem Juramento credulitatis sich anerbietig machen wollen?

Wañ solche vor passabel angenommen/und dadurch der Diener oder dessen Erben vor völlig liberirt zu halten?

Item: Ob von selbigen im Gegentheil die Exceptio der Verjährung vorgeschirmet werden könne?

SUMMARIA.

1. *Confectio libri rationum est de substantia actus administratorii, & quomodo ille ordinatus esse debeat?*

2. *Omnia*

2. *Omnia lucra sigillatim notari debent, nec rationes intricatæ pro veris rationibus habendæ, ac quinam effectus exinde resultent.*
3. *Rationes rectè confectæ haud intelliguntur, nisi data & accepta singulariter sint collata, eorumque æqualis ratio fiat.*
4. *Postæ haud connexæ separatim possunt impugnari.*
5. *Evidentia rei est optima omnium probationum, & quocunque tempore attenditur.*
6. *Administratio & perfecta ratiotionum redditio in tantum sunt connexæ, ut separari planè nequeant.*
7. *Liber Rationum nullam fidem meretur, quando expensa debito modo haud probantur, & Apochis destituuntur.*
8. *In Rationibus reddendis multum quidem Judicis arbitrio relinquitur, non tamen illud per divinationes sese exserere debet;*
9. *Cur juramentum Administratoris ad fidem Rationibus faciendam haudquaquam sufficiat?* vid. num. 27.
10. *Quod ampliatur, quando de postis magnis agitur, quo casu exactæ probationes efflagitantur.*
11. *Si Rationes legitimè sint conscriptæ, post mortem scribentis semiplenam probationem inducere & heredes ad Juramentum suppletorium admitti asseritur & contraria sententia diluatur.*
12. *Idque multò magis obtinet, quando actus nullitate laborat, nec est verisimilis.*
13. *Rationum dispunctio & redditio quomodo differant?*
14. *Administrator satisfactionem alicujus Crediti petere nequit, nisi prius perfectè Rationes reddiderit.*
15. *Frustra in præjudicium Domini detorquetur, quod oscitantiam Ministri luculenter ostendit.*
16. *Administratoris etiam heredes ad Rationes reddendas sunt obstricti.*
17. *Quando spolium non habeat locum?*
18. *Nemo censetur approbare, quod omni tempore impugnavit.*
19. *Ex conversatione nec injuria nec aliud jus quæsitum remissum intelligitur.*
20. *Pro debitore solutionis capitur præsumptio, quando Creditor diu debitum petere distulit.*
21. *Licet quis rationes sæpius pro manibus habuerit iisq; non contradi-*

tradixerit, non tamen eas approbasse censetur, quando contrarium ostendi potest, adeò ut nec tacitus nec expressus consensus sufficiat.

22. *Dominus rationes recipiens & retinens eas haudquaquam agnoscere nec literas recipiens consentire censetur, quando negotium altiorem requirit indaginem.*

23. *Forma acceptationis non generica sed specifica esse debet, quod cumprimis in materiâ Rationum locum invenit.*

24. *Acceptare cum effectu non censetur, qui ex errore id fecisse demonstrat, ac rationes per originalia semper sunt reddendæ ac probandæ.*

25. *Administrator ad rationes ex asse reddendas est obligatus, secus negligentiæ notam incurrit.*

26. *Requisitis rationum qui ex asse non satisfacit illos, haudquaquam rite confecisse censetur.*

27. *Nec juramentum credulitatis suppletorium relevat.*

28. *Impedimentum alleganti non creditur, nisi probetur.*

29. *Quando vitia rationum sunt aperta, præsumptio pro Administratore haudquaquam militat.*

30. *Isq; rationes suas prius verificare, non verò earum falsitatem à Domino exspectare cogitur.*

31. *Usura dicitur, quicquid sorti accedit, hæcque cùm in facto consistat, probari debet.*

32. *An si Dominus intra longissimum temporis spatium Rationum redditionem non exegerit, præsumptionis exceptione liberetur, & Negativa asseritur.*

33. *Relatio ut ritè fiat Commissarii omnes simul eam adornare debent.*

BEy vorkommender Untersuchung des Sempronii Rechnungen/ und darbey nach und nach erfolgten Verlauffs geben sich unterschiedene und zwar vornemlich vier Fragen an:

QUÆSTIO PRIMA.

Ob sothane Rechnungen also dergestalt beschaffen / daß solche vor vollkomme-

kommene und in allen Stücken Rechtlicher Gebühr nach eingerichtete Rechnungen zu halten und zu passiren seyen?

QVÆSTIO SECUNDA.

Ob die etwa dabey vorkommende Mängel und Gebrechen dadurch ergäntzet werden können / wann ermeldten Sempronii Erben Juramentum Credulitatis darüber abzuschwören sich anerbietig machen wollten?

QUÆSTIO TERTIA.

Ob Cajo mit Bestand beygemessen werden könne / daß er solche Rechnungen für passabel angenommen / und dadurch ersagten Sempronium und dessen Erben von deren Justification völlig liberiret habe?

QUÆSTIO QUARTA.

Ob dann wenigstens berührte Erben sich durch die Länge der Zeit davon loswürcken / und dergestalten exceptionem præscriptionis vorschirmen können?

QUÆSTIO PRIMA.

ANreichend nun die Erste Frage / so ist es an deme / quòd confe- 1.
ctio libri rationum sit de substantiâ actus administratorii;

L. 1. §. 3. ibi: officio tutoris incumbit, rationes actus sui conficere. de tut. & rat. distrah.

Ita ut liber ille non qualitercunque sed ita ordinatus esse debeat, ut de fide & dexteritate computationum exinde luculenter constare possit, idque tum factum esse censetur, quando accepta benè

lata, & expensa similiter probè expensa reperiuntur, ceu probat Callistratus in

L. 82. in fin. de condit. & demonstrat.

Bartol. *in L. 2. C. de Navicul.*

Unde docendum esse gestis omnibus constare fidem, ut neque subtractum ex acceptis, neque expensum, quod datum non est, rationibus sit præscriptum, appositè monet

Pfeil. *Consil. 18. n. 22.*

Idque ad nutum Pomponii, dum scripsit: Eum, qui rationum redditioni est obnoxius, docere debere, constare fidem omnibus, quæ ab eo gesta sunt, ut neque subtraxerit, quid ex his, quæ acceperit, neque expensum Rationibus præscripserit, quod non dederat in

L. 111. de cond. & demonstr.

2. Nun ergiebt sich aber aus dem den 19. Julii im Jahr 1682. gehaltenen Commissions-Protocoll, daß bemeldten Sempronii Rechnungen auf sothane Art zumal nicht eingerichtet worden;

Und zwar so viel ins besondere die von Jahren zu Jahren zur Rechnung gesetzte Einnahm anlangt / ist 1.) an vielen Orten solchen Protocolls zu bemercken / daß einige Posten gar in keine Einnahm gebracht / allermassen im Jahr 1644. pag. 37. kein Korn von verlehnter Rentherey darein getragen / noch auch im Jahr 1647. pag. 30. von einigen Zehenden gleichfals etwas gemeldet / da doch von denen vorigen Jahren solches geschehen / ingleichen da in selbigem Jahr zehen und ein halber Metzen Korn ausgesäet worden / findet sich in der Einnahm Jahrs 1648. zumal keine Frucht / gleichwol aber werden in der Ausgab Geld vor eingeführte Frucht pag. 22. einige Posten verrechnet / und was dergleichen Posten mehr / so nahmentlich vom Jahr 1650. pag. 9. pag. 14. pag. 27. & pag. 28. an zweyen Orten zu befinden. Ad acceptorum autem Classem fructuum proventus nisi exactè referantur, ratio haud benè ordinata censetur, siquidem lucra speciatim & sigillatim scribi & notari debent, cum alioquin is, cui ratio reddenda, non possit ex libro rationum cognosce-

re,

re, si quid doli aut machinationis in illo sit admissum, ut rescriptum legitur in

L. 4. C. de suscept.

quin potius ejusmodi rationes tanquam intricatæ reputandæ, neque pro rationibus veris habendæ,

L. 10. §. 2. de Edend.

cum ex intricatione rationum fraudis & doli præsumptio oriatur,

Mevius *ad Jus Lubec. lib. 1. pag. 279. n. 24. & seqq.*
Ferretus *ad L. 6. de probat.*

ubi addit omnes ita post Bartolum ex summâ æquitate statuere. Eo effectu, ut etiam contra talem administratorem in litem jurari possit;

Cravetta *Cons. 446. n. 13.*
Wesenb. *Cons. 120. n. 42. part. 3.*

Quocirca Interpretes eum demum administratorem officio rationis bene redditæ functum esse dicunt, qui omnia sigillatim & singulariter, von Puncten zu Puncten / von Posten zu Posten de die in diem, respectu ejus quod recepit, dicens se tali anno, mense & die ex tali fundo tot modios tritici vel hordei collegisse, consignaverit;

Schurff. *Cons. 41. n. 8. cent. 2.*
Riminald. Jun. *Cons. 338. n. 44.*
Cothmann. *Resp. 8. n. 57. vol. 3.*
Klock. *Cons. 169. n. 14. & seqq. vol. 3.*

Und dieses 2.) um so mehr / da auch aus dergleichen und mehr andern in berührtem Protocoll enthaltenen Posten zwischen der Einnahm und Ausgab eine gäntzliche Ungleichheit und Difformität entspringet / non autem rationes rectè confectæ intelliguntur, quando data & accepta singulariter non collata, & in aptam consonantiam degenerant; 3.

Ferret. *dict. loc.*

nisi enim inde pariationes resultent, hoc est, acceptorum & expensorum par & æqualis ratio fiat, nihil actum censetur, & quidem judicio Scævolæ in

L. ult. §. 3. de condict. indeb.

4. Woran 3.) deſtoweniger Hinderung thut / da alle und jede in denen Rechnungen enthaltene Poſten nicht einerley ſondern allerdings different und voneinander unterſchieden ſind / quando autem partitæ vel postæ non sunt connexæ, sed separatæ, tum etiam separatim possunt impugnari,

Fulvius Pacian. *tr. de probat. lib. 1. cap. 63. n. 27.*

5. Um ſomehr da 4.) deren Richtigkeit und Irregularität ſo gethan / daß ein jeder / ſo nur in etwas derer Rechnung kündig / ſelbige primo statim intuitu wahrnehmen und bemercken kan / evidentia autem rei, & ocularis inspectio est optima & superlativa omnium probationum, ita ut quocunque tempore attendatur, & res judicata ei nunquam obstet, ceu late, pertinenter, & emphaticè tradit

Berlich. *part. 1. concl. 47. n. 14. & multis seqq.*

6. Hingegen aber 5.) administratio & perfecta rationum redditio miteinander dergeſtalten verknüpfet / daß ſolche nimmermehr getrennet werden können / wie zu ſehen beym

Pacian. *in addit. ad cap. 28. part. 1. p. 69.*

7. Soviel aber 6.) die Ausgab betrifft / ſo iſt in allen und jeden Jahrs-Rechnungen faſt kein Poſten zu befinden / bey deme nicht behörige Uhrkunden und Quittungen ermangeln / impossibile autem est librum rationum ullam fidem mereri, quando illa, quæ administrator in rationibus se expendisse scribit, verè erogata & expensa esse debito modo haud probantur, cum à Domino negantur, vel in dubium vocantur,

Heeser. *tr. de ration. redd. loc. 12. n. 1. & 2.*

neque enim tales expensæ approbantur, quæ schedulis & apochis docente solutioni accommodis destituuntur, & in quibus speciatim

tim non descriptum, quid & quantum quove nomine titulo ac tempore quis acceperit,

Peregrin. *de Jur. Fisci. lib. 6. c. 3. n. 2. vers. hi autem ex provisione.*

adeò ut causâ & ratione expensarum non apparente profusio nec non occasio dominos suos defraudanti conjici soleat,

L. 12. §. 3. de admin. & peric. tut.

Baldus *Rubric. C. de fid. instrum. n. 34.*

Atque in Camerâ quoque Imperiali observari testatur

Ruland. *de Commiss. part. 4. lib. 4. cap. 16. n. 98.*

Da nun solcher Gestalt beydes die Einnahm und Ausgabe als Principal-Stücke einer Rechnung mangele / so findet sich von selbsten / daß solche des Sempronii Rechnungen für vollkommen und passabel keines Weges geachtet werden können; Quantumvis enim in rationibus reddendis multum Judicis arbitrio relinquatur, nec dure nimis cum administratoribus sit agendum,

Menoch. *de A. Jud. Quæst. cas. 209. n. 34.*

Cons. Argent. 104. n. 140. vol. 1.

non tamen arbitrium illud debet sese exserere per divinationes, ut benè ait:

Pacian. *dict. tr. cap. 63. n. 26.*

aut imaginariæ æquitatis susurrum,

L. 91. §. 3. de V. O.

Sed potius ad acta & lege subnixa requisita debet esse alligatum, quippe quæ nominatim ostendit, & Judicem ad ea oblegat

Menoch. *dict. loc. n. 13. & seqq.*

Cùm rationes datis & acceptis ritè haud consignatis tanquam necessariis requisitis non suffultæ sint ipso jure nullæ,

arg. *L. 1. de inj. rupt. & irr. fact. testam.*

debitâ enim formâ destitutum omninò imperfectionis & falsitatis arguitur,

arguitur,

§. 8. Inst. quib. mod. testam. infirm.
junct. arg. *L. 9. §. 3. ad exhib.*

cumprimis cùm data & expensa pro individuis & connexis habeantur, ceu tradit

Ripa *in L. admonendi. n. 124. de Jurej.*
add. Curt. Senior *Consil. 20.*

8. Atque hinc sentiunt Interpp. quod nisi fides datorum & acceptorum constet, rationes nil nisi chartulas perfunctoriè collectas, aut verbalem saltem rerum gestarum significationem contineant, quibus nil ponderis insit, ceu cum Baldo, Bartolo & Ancherano comprobat

Pfeil. *dict. cons. 18. n. 22. sub fin.*

Cujus rei est effectus, quod rationes malè & non legitimè redditæ repeti possint, & ex integro reddi debeant, ut post Socinum & Rolandum à Valle statuit

Faber *in Codic. lib. 5. tit. 31. def. 8. n. 3.*

tametsi liberatio facta fuerit, eleganter & pluribus demonstrante

Pfeilio *dict. loc. n. 32.*

QUAESTIO SECUNDA.

9. Diese Frage desto besser zu entledigen / so ist vorhero zu wissen / daß obgleich ein berechneter Diener den Mangel behöriger Urkunden vermittelst eines Eyds zu ersetzen sich anerbietig machen wollte / selbiger dannoch hierzu keines Weges zu verstatten seye / cùm quòd juramentum haud sufficiat, ubi vigilantia administratoris ejusque religio de verâ probatione sollicita esse debuit, ne alioquin ex propriâ negligentiâ commodum consequatur,

L. 12. de furt.

& proprium testimonium ceu ignaviæ fructum reportet;

L. 24.

L. 24. in fin. quæ in fraud. cred.
L. 78. §. 2. de Legat. 2.

tùm quia nullo modo via perjuriis aperiri debet,

cap. pen. X. de his, quæ vi &c.
cap. 3. X. de cohab. Cleric.
Alexander. *Cons. 59. lib. 1.*

Atque hanc sententiam post Bartolum, Castrensem & Corneum in terminis tuetur,

Wesenb. *Cons. 243. n. 37. part. 5.*

eumque novissimè secutus est

Heeser. *d. tr. loc. 12. n. 3.*

Welches auch Platz ergreiffet / obgleich sonsten des Dieners Leben und Wandel nicht beruffen gewesen / Rationes enim Viri boni tum demum relevant, quando conceptæ fuerunt in formâ Rationum debitâ, ceu consuluit

Hondedæus *Cons. 39. n. 52. vol. 2.*

Da nun beydes bey der Einnahm und Ausgaben des Sempronii Rechnungen sich so viele Gebrechen hervor gethan / indeme dieselbe bloßhin in foliis imperfectis, worinnen nicht alle recepta eingetragen / noch auch die Expensa der Gebühr beschienen sind / bestehen / wie allbereit bey voriger Frage gezeiget worden / so mögen dieselbe nicht einmahl zu einer Præsumption angedeyhen / wie der Länge nach darthut

Honded. *dict. loc. n. 55.*

Vielweniger einem Diener ein Eyd / indeme ihme vielmehr alle Vermuthungen entgegen stehen / darüber zu erstatten erlaubet werden / cùm enim credatur rationibus, quatenus sunt contra administratorem, non pro eo, & proinde si negentur, probari debeant, ceu communem hanc esse opinionem tradit

Socinus *Cons. 119. n. 2. vol. 2.*

utique Juramentum protinus cessat,

 Wesenb.

Wesenb. *dict. cons. 243. n. 36.*

ubi hunc in modum multis adductis concludit : So kan er auch dißfalls zu keinem Eyd zugelassen werden / alldieweil so viele Vermuthungen wider ihn seyn.

10. Und dieses um so viel mehr / quando non agitur de postis *minimæ* Summæ, sed de magnis, tum enim exactæ probationes efflagitantur,

Honded. *d. loc. n. 58. in fin.*

cumprimis cùm tali casu plura notabilia desiderentur, antequam ad juramentum deveniri possit,

Heeser. *cit. loc. 12. n. 12.*

quanquam etiam circa Summas modicas non aliter huic locus sit, quàm si magna verisimilitudo concurrat, ceu eruditè monstrat

Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. cap. 25. n. 7.*

Add. Heeser. *d. loc. n. 4.*

ubi paulò post cum Montano notabiliter ait : In modicis Summis rejiciendum est Administratoris juramentum, si impensæ hæ non sunt rationabiles & verisimiles, fortè quia fieri non debuerunt, & etiam non probatæ, non sint admittendæ, vel saltem si simul unitæ ad magnam vel notabilem quantitatem ascendant.

11. Dieser vorläuffige Entwurff wird ohnschwehr die gründliche Erörterung der vorgestellten Frage veranlassen können ; Dann obwohl einige Rechts-Lehrer dahin schliessen / quod mortuo administratore, qui non juravit, heredibus non incumbat onus strictissimè probandi, illum partitas seu capita Rationibus inserta, etiam cum causâ expendisse, eò quòd heredes super istiusmodi expensis non sint benè instructi, quin potius talibus Rationibus fides sit adhibenda, quia mors non parum fidei addat Scripturis defunctorum,

Baldus *in L. comparationes. n. 14. vers. sed ista. C. de fid. instrum.*

Bartol. *in L. admonendi. n. 27. de Jurej.*

Paul.

Paul. de Castr. *Cons. 131.*
Ruinus *Cons. 18. n. 2. lib. 4.*

nec minorem fidem habeat, quàm corporale Juramentum,

Alciatus *reg. 3. præs. 4. n. 5.*
Plotus *ad L. si quando. C. unde vi. §. 34. n. 2.*
Nicol. de Passeribus *de script. priv. lib. 4. tit. de libr. ration. num. 20.*

Cujus sententiæ plures astipulatores congessit;

Mascard. *de probat. concl. 669. n. 55.*

So gehen doch andere von dieser Meynung ab / und behaupten mit mehrerem Bestand / quòd si rationes legitimè sint conscriptæ, post mortem scribentis semiplenam inducant probationem, & heredes ad juramentum suppletorium credulitatis admittantur;

arg. *L. 6. C. de probat.* ubi Brunnemann.
Hunnius *Encyclop. part. 3. tit. 18. cap. 1. n. 1.*
Struv. *Synt. Civ. Exerc. 28. th. 25. in fin.*
Jung. Carpz. *lib. 6. Respons. 121.*

Da nun bey mehr-gedachten Sempronii Rechnungen gar keine Legalität zu befinden / sondern vielmehr dieselbe als nullæ zu achten / wie schon überflüßig dargethan worden / so findet sich von selbsten / daß / wann gleich des gewesenen Caji Dieners Erben sothane Rechnungen beschwören wollten / ihnen dannoch kein Zutritt hierzu verstattet werden können / cùm frustra disputetur de corroborando actu, qui nullitate laborat, nullumque producere potest effectum, 12.

L. 5. C. de LL.
L. 1. C. ne uxor. pro marit.
L. 33. de hered. instit.

& inane sit credulitati heredum committi, quod ceu apertè vitiosum sese omnium oculis repræsentat, neque enim juramentum suppletorium habet locum, quando illud, quod quis jurare vult, non est verisimile,

 Richter.

Richter. *Conf. 4. n. 28. part. 1. vol. 1.*

tantò minus ergo, dum apertissimè nullum reperitur, cùm adversus tot nullitates nulla sit vis juramenti,

Colleg. Argent. 3. n. 124. vol. 2.

& juramentum quidem validet invalida, attamen haud ea, quæ sunt ipso jure nulla,

Menoch. *Conf. 465. n. 12. lib. 5.*
Decius *Conf. 582. n. 2. vers. & juramentum.*
Setser. *tr. de juram. lib. 1. c. 21. n. 5. & seqq.*

& in quibus dolus etiam solummodò præsumptivè subest, ceu magno Doctorum numero allegato probat

Seraphin. de Seraphinis *tr. de Privil. juram. privil. 61. n. 18.* ibique in not. Benenckendorff.

QUÆSTIO TERTIA.

13. Der Ausschlag dieser Frage wird sich alsdann ergeben / wann diejenige Zweiffel-Gründe / welche vor capabel erachtet werden wollen / Cajus diese Rechnungen völlig angenommen zu haben / zu überführen / genau betrachtet und untersuchet werden.

Und zwar 1.) will man dafür halten / es seye solches dahero zu zu schließen / weil Sempronius Cajo die Rechnungen überschickt / dieser solche angenommen / und den Renthmeister N. N. durchstechen lassen; Allein hierbey wird vielfältig angestossen / massen keines Weges zu confundiren rationum editio & redditio; Jngleichen dispunctio & expunctio, indeme die Rechnungen von Sempronio ediret und übergeben / an Seiten des Caji angenommen / und zur Durchstechung ersagtem Renthmeister / übergeben worden / sind solche bey bey weitem nicht approbiret / weniger pro redditis nec non expunctis zu halten; Qui enim librum rationis exhibere potest, & exhibitum recipit non utique veram vel falsam esse rationem profitetur, nec in illam aliquo pacto consentit, sed id duntaxat intendit, ut eam dispun-

dispungat, h. e. exploret, an data cum acceptis concordent, & omnia in tali libro descripta debito modo probari possint, ceu cum Bartolo, Alexandro, & aliis solide inculcat

Escobar. *dict. tract. cap. 10. n. 32. & 33.*

cum dispungere aliud nil sit, quàm rationes legendas & computandas recipere, nec non data & accepta conferre,

Wissenbach. *ad L. 56. de V. S. §. 10.*

Indeme nun dieses allein von einem Herrn zu seiner Nachricht geschehen kan / auch insgemein zu geschehen pfleget / so ist solches gar weit à rationum redditione welche dem Diener oblieget / nec non earundem expunctione, so auf die Reddition zu erfolgen pfleget / unterschieden / redditio siquidem non contenta est librorum editione, lectione & computatione, verum etiam exactam acceptorum & datorum probationem, nec non reliquorum solutionem expostulat:

L. 8. §. 5. de liber. legat.

L. 82. de condit. & demonstrat.

Heeser. *loc. 12. 13. & 14.*

Cardinal. Tusch. *lit. A. concl. 205. n. 8.*

Klock. *Cons. 169. n. 14. tom. 3.*

Quibus omnibus demum ritè peractis rationes expunctæ reputantur, hoc est, tota res confecta censetur, & ultima quasi manus calculo & dispunctioni existimatur imposita,

L. 8. §. 1. de administr. rer. ad Civ. pertin.

L. 13. §. 1. de divers. & temp. præscript.

Wissenb. *dict. loc. n. 11.*

So weit es nun an dieser Reddition fehlet / wie in quæst 1. gezeiget worden / so weit fehlet es auch / daß Cajus diese Rechnungen angenommen / und pro expunctis gehalten haben sollte / ad unum enim effectum inducta non debent contrarium operari,

L. 19. de legat. 1.

 Hartm.

Hartm. Pistor. *lib. 2. q. 12. n. 54.*

& actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, multò minus contra eam, cumprimis quando dependent ab eorum potestate,

Socinus *Regul. 10.*

Alexand. *Conf. 146. n. 10. & seq.*

14. 2.) Schützet man vor / es hätte Cajus die ad subscribendum überschickte Obligation ohne Contradiction bey sich behalten. Sollte gleich etwa solches geschehen seyn / so hätten sich hierdurch dieselbe zumal nicht præjudiciret / sondern vielmehr per omissum subscriptionem ihr Recht in salvo gestellet / anerwogen explorati juris ist / quòd administrator obligationis subscriptionem & satisfactionem alicujus crediti petere & urgere non possit, nisi prius perfectè rationes reddiderit, wie nachtrücklich darthun

Matthæ. de Afflictis. *decis. 13. n. 16. & 18.*

Merlin. *de pign. lib. 3. quæst. 2. n. 38. & 39.*

15. Daß 3.) die Liquidation von Sempronio begehret / auch ihme injungiret worden / solches ist an Seiten Caji wol / an jenes Seiten aber übel geschehen / und nicht ohne grossen Verdacht daß er solchem nicht nachkommen / und hierinnen seiner Pflichten kein Genügen gethan / unde frustra in præjudicium Domini detorquetur, quod oscitantiam socordiam, inobedientiam ac turpitudinem ministri luculenter ostendit, ineptum siquidem ac iniquum est alieno odio prægravari,

cap. 22. de R. J. in 6to.

cap. 37. §. porro. de Elect. in 6to.

& turpitudinem propriam allegans, audiri non meretur,

L. 5. C. de condict. ob turp. caus.

Surdus *decis. 196. n. 6.*

Belangend 4.) das an Cajum abgelassene Monitorial-Schreiben / dessen darauf erfolgtes Stillschweigen / forters in die W. Wiese beschehene

schehene Immission, und deren immerfort beschehene Nutzungen / so 16.
zielet solches alles zumal nicht auf den Punctum reddendarum rationum, sondern allein auf ein besonderes jenem vorgeliehenes Capital von 86. Reichs-Thaler / wie aus der beyliegenden Relation klar zu ersehen / und bleibet demnach selbigem jederzeit bevor / auch nunmehro bey Sempronii Erben auf die Justification derer von ihrem Vatter vormals übergebenen / aber gar nicht abgelegten und beschienenen Rechnungen zu tringen / cùm administratoris heredes etiam ad rationes reddendas & justificandas obstrictos esse inconfesso sit;

Brunnemann. *ad L. 20. C. de Episc. & Cleric. n. 3.*
Scoppa *observ. pract. 46. n. 17.*
Cravetta *Cons. 550. n. 4.*

Was aber die Wiesen selbsten anlangt / so ist dißfalls die Sache in 17.
einen gantz andern Stand kommen / indeme gedachten Sempronii Erben biß sie hin zur ersagten Justification nicht zu bringen gewesen / gleichwol aber mit höchstem Nachtheil und Schaden bemeldten Caji in deren Besitz und Genoß geblieben / indeme schon vorlängst berührte 86. Reichs-Thaler sich abgetragen / und dahero mit höchstem Fug derselbe sothane Wiese wiederum zu sich zu nehmen berechtiget gewesen / quando enim evidenter & notoriè ex qualitate sortis, temporis diuturnitate, & redituum quantitate constat possessorem pristinum nihil amplius juris habere, restitutionem verò irreparabile damnum domino afferre, tum hunc spolii arguere, & ad rei restitutionem experiri nequit,

Cacheran. *Cons. 67.*
Cothmann. *Cons. 67. n. 35. vol. 2.*
Gail. *lib. 1. obs. 22. n. 4.*
Everhard. *Cons. 27. n. 63. vol. 1.*
Gratian. *discept. for. tom. 5. cap. 899. n. 10.*

Welchen bemercksamen Umstand dann auch hiesige Hoch-Fürstliche 18.
Regierung selbsten wahrgenommen / und mehrbenambste Erben sich nunmehr in causa principali reddendarum nempe rationum, da

man

man endlich der bißhero verborgen gelegener Acten wiederum habhafft worden / einzulassen / den Punctum possessionis & petitæ restitutionis aber auszusetzen / wie nicht weniger deren Anwald sich behörig zu legitimiren zwey verschiedene Interlocuten, als eines den 9. Aug. das andere aber den 17. Septembr. nächst vorigen Jahrs eröffnen lassen / welche da sie ihre Rechts-Krafft erreichet / man sich davon keines Weges vertringen lassen kan / mithin aber evidentissimè & ad oculum darlegen kan / wie übel ex immissione tùm temporis factâ & perceptione exinde secutâ gegen Cajum und dessen Erben / als hätten sie dadurch des Sempronii Rechnungen acceptiret und approbiret / ein Argument nectiret worden / ineptissima sanè est illatio, quæ à diversissimis fit & prorsus separatis, sivè fiat positivè sivè remotivè,

L. 12. §. 1. de acq. vel am. possess.

cumprimis cùm nemo censeatur approbare id, quod omni tempore impugnavit,

L. 62. de solut.

præcipuè quando approbatio à voluntate unius dependet,

Surdus *cons. 136. n. 30. & seq.*

19. Wie abwegig auch 5.) die mit selbigem Diener dem Angeben nach gehaltene Conversation und daß so wenig bey selbiger als auch in judiciis ihme widersprochen worden / angezogen zu werden meritire / wird ein jeder urtheilen können / der nur betrachtet / quòd sæpius conversatio ex honestate fiat, non tamen inde vel injuria, vel aliud jus quæsitum remissum intelligatur,

Carpzov. *p. 4. const. 46. def. 8. n. 7.*

Sonderlich aber ist außer allem Zweiffel / quòd hoc modo damna atque interesse nunquam aliquis remittere præsumatur, wie solches der Länge nach bewähret auch dißfalls communem Doctorum sententiam anführet

Mascard. *de probat. concl. 1402. n. 29.*

Wiewol

Wiewol ohnangezeiget nicht zu lassen / daß er Sempronius nach beschehener Immission offtgedachtem Cajo S. nicht zu Hauß und vor Gesicht kommen dörffen.

Gesetzt es habe 6.) Sempronius in seinen Sachen richtig gehandelt / so ist doch solches zu der beygezogenen Acceptation und Approbation unanreichig / quia quatenus Viri boni rationes relevent, jam præc. quæstione satis superque monitum. Daß aber anhero die gemeine Regul, quòd ex longi temporis lapsu, contra prætensum Creditorem & pro debitore præsumatur, gezogen werden wolle / giebt eine gewisse Probe einer nicht wohlbedachten Application, massen selbige diesen Verstand hat / quòd pro debitore capiatur solutionis præsumptio, quando Creditor diu debitum petere distulit, wie sonderlich hierauf deutet der angezogene Parisius, welchen zu solchem Ende anziehet 20.

Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præs. 136. n. 20.*

auch weiter hiervon handelt

Carpzov. *const. 29. def. 11. ubi multas rationes adducit.*

Allhier aber wird nicht de solutione, sondern vielmehr de rationum redditione gehandelt / deren Caji Erben sich gar nicht begeben / selbige auch so gethan / ut petitio ejus sit perpetua,

Wesenb. *Cons. 52. n. 88. part. 2.*

de quâ re porrò dicetur quæst. 4. & ultimâ.

Gleichen Schlags ist auch / wann 7.) angegeben wird / eum pro consentiente haberi, qui rescivit aliquid geri, unde sibi præjudicium nasci possit, & similia; Dann daß receptio rationum super administratione aliquâ demandatâ zumahlen nicht præjudiciren / mithin kein nachtheiliger Consens dahero erhärtet werden könne / ist allschon bey dieser Frage sub n. 1. deutlich und mit Unterscheid vorgestellet worden.

Anjetzo nicht zu gedencken / quòd licet quis rationes sæpius pro manibus habuerit, tamen non censeatur, eas approbâsse, quan- 21.

Aa aa aa do

do contrarium ostendi potest, puta rationes esse nullas, & requisita legitima circa data & accepta non esse adhibita, tametsi fuerint geminatæ, vel sæpius reiteratæ, wie stattlich erweiset

Wesenb. *Cons. 263. n. 37. junct. n. 56. part. 6.*

Worzu kombt / quòd in arduis, & quæ magni oneris sunt, cujusmodi & rationum articulus est, ut Interpp. tradunt, tacitus consensus non sufficiat, verum expressus requiratur,

Mynsing. *Respons. 2. n. 34. & 35.*

Ja was noch mehr ist / auch ne expressus quidem consensus, so doch allhier ermangelt / keines Weges præjudiciret / quando actus, super quo interponitur, est ipso jure nullus, ut hoc loco sunt rationes sæpius commemoratæ,

L. 4. §. ult. quib. mod. pign. solv.
L. 1. C. de remiss. pignor.
Roland. à Valle *Cons. 2. n. 142. vol. 1.*

22. Da man 8.) ferner in specie ad hanc hypothesin kommen / und vorschirmen will / es komme zu der Scienz und Taciturnität annoch factum acceptionis literarum & rationum, welches den Consensum annoch mehr declarire / zumal da bekandt / quòd acceptans literas vel scripturas alias, in quibus de eo obligando agatur, & tacens pro consentiente & confitente habeatur, so muß man noch mehr wahrnehmen / wie so gar wenig diese Jura penetriret / und ob selbige sich ad hanc hypothesin schicken / untersuchet worden seye. Daß eo ipso, quo liber rationum recipitur, kein factum acceptationis & approbationis entstehe / noch auch ein Diener seinen Herrn dadurch zu obligiren vermöge / ist allschon solidè in hâc quæstione sub n. 1. bewiesen worden. Damit aber Thema acceptationis desto klärer vor Augen geleget / und wie gar impertinenter solches gegen Cajum und dessen Erben allegiret werde / gezeiget werden möge / so ist zu wissen / daß solches weder ratione materiæ, weder ratione formæ sich anhero schicke / und dahero besser unangeführt gelassen worden wäre. Dann soviel materiam seu objectum betrifft / so erstrecket sich solches gar nicht ad

ad rationes seu calculum dati & accepti, Ratio solida eaque jam indicata est, quoniam dominus non præsumitur Rationes recipere & retinere, ut eas agnoscat, sed ut videat, an calculus ritè fuerit confectus,

L. 82. in fin. de condit. & demonstr.

Atque ita post Cœpollam, Jasonem, Decium, Ripam, & Antonium Gabrielem in terminis notat

Menoch. *de præs. lib. 3. præs. 65. n. 15.*

quem etiam imitatur

Althusius *lib. 3, dicæolog. cap. 43. n. 58.*

Suffragatur & alia ratio, quòd ne quidem literas recipiens censeatur consentire, quando negotium altiorem requirit indaginem, ceu notabiliter consuluit

Wesenb. *Cons. 115. n. 60.*

ubi expressis verbis id ad Rationes applicat, dum ait: Secus si res ancipitem afferat cogitandi curam, ut quando res est intricata ex rationibus & calculationibus, videtur enim tacuisse & retinuisse, ut per tempus & otium videret rem, & calcularet diligentius, neque præsumitur quis in dubio jactare suum, & jus liquidum remittere velle. Coincidunt prorsus ea, quæ consignavit

Heigius *quæst. 20. n. 40. part. priori.*

Et quamvis, ait, debitor rationes à se confectas Creditori transmiserit, idemque eas apud se retinuerit, non tamen ideò contenta approbasse, & tacendo acquievisse ejusmodi scripturæ videbitur, sed integrum illi erit, nihilominus ad rationum redditionem debitorem compellere, quamvis contra scribentem ipsum calculus iste plenè probet.

Mit welchem allen auch übereinstimmet / was die Interpp. schreiben / quòd acceptatio non præsumatur, quando præjudicii & damni causa vertitur, neque impletur id, quod impleri debebat,

Merlin. *decis. 149. n. 21. & 22.*

Nec non, quod nemo censeatur, acceptare & approbare id, quod ipso jure nullum est,

Richter. *Cons. 381. n. 41. vol. 2.*

23. Daß auch weiter forma aceeptationis nicht wohl erwogen worden/ ergiebet sich dahero / quia ad hanc non sufficit, quæcunque verborum generalitas,

Merlin. *tr. de Legit. lib. 3. tit. 2. q. 10. n. 2.*

Seu non sufficit, ut illa sit generica, sed potius debet esse specifica, seu nominatim & in specie facta mentio ejus, quod acceptatur,

Cardinal. Tusch. *lit. A. concl. 70. n. 2. & 3.*

Merlin. *dict. loc.*

& quidem non conditionaliter, sed simpliciter & purè, ut de vero & perfecto acceptandi animo certè & infallibiliter constare possit, ceu erudirè docet

Cravetta *Cons. 502. n. 9.*

Idque nominatim ac specificè ad rationes applicat & tradit, quòd rationum acceptatio tum demum operetur, quando sunt probatæ, & eapropter asportatæ;

Wesenb. *Consil. 226. n. 42. part. 5.*

Da nun allhier de rationibus nicht de literis die Frage ist / an Seiten Caji und dessen Erben auch solche nicht specificè & purè, & ita nec animo approbandi angenommen worden / mit was Fug und Bestand wollen und können die trivialia & generalia brocardica de literarum acceptatione, welche doch auch / quòd in parenthesi dictum, nicht so nudè & crudè, sondern vielmehr sub intellectis multis requisitis, welche namentlich referiret

Althus. *dict. loc.*

zu verstehen / anhero gezogen / und denenselben zum Nachtheil angeführet werden?

Anitzo

Anitzo zu übergehen / daß / wann gleich einige Rechnungen von einem 24.
Herrn acceptiret worden / derselbe aber nachgehends solches ex errore gethan zu haben beybringen könnte / ihme dadurch nichts widriges zuwachsen würde / cùm acceptasse cum effectu non censeatur, qui ex errore id fecisse demonstrat,

Wesenb. *Cons. 153. n. 20. part. 4.*

Und thut diesem allem keine Hinderung / was ex Mevio & Brunnemanno angeführet worden / massen dieselbe allein de Rationibus verisimilibus, & præterea non editis sed redditis handeln / jener auch am Ende nachtrücklich hinzu setzet / quod quando rationes solutionem debiti, de qua ibi quæstio erat, concernunt, ea verò respiciunt, quæ in se controversa sunt, tum ad ea perperam trahantur; Dieser aber diese Limitation beyfüget / nisi simplicitas rei aliò moveat judicem, um dardurch zu verstehen zu geben / quod pro ratione circumstantiarum, & cumprimis prætensæ solutionis hâc de re statui debeat: Dahero dieser Fall / wovon diese beyde Interpp. handeln / à nostro casu diversissimus ist: Massen solcher dahin zielet / daß / wann ein Schuldner mit dem Glaubiger abgerechnet / auch die Art der Zahlung dabey beschrieben worden / der Creditor auch die Rechnung gantzer zehen Jahr bey sich behalten / alsdann nach solcher Zeit eine Rechtliche Vermuthung entstehe / daß die Schuld bezahlet seyn müsse / idque tum favore liberationis,

L. 47. de O. & A.

tum quòd is, qui tempore liberatur, similis sit illi, qui satisfacit,

L. 45. §. ult. de admin. tut.
Carpzov. *p. 2. c. 29. def. 11.*
Klock. *cons. 80. n. 17. & seqq. tom. 2.*

Bey gegenwärtigem Fall aber ist so wenig eine Abrechnung gehalten / als wenig einige Art der Zahlung beschrieben / sondern es sind bloßhin die Rechnungen übergeben / niemals aber abgehöret / auch an sich so beschaffen / daß weder Einnahm noch Ausgab der Gebühr eingerichtet

tet und beschienen worden / cùm tamen semper per originalia rationes reddendæ & probandæ sint,

Wesenb. *cons. 61. n. 5. part. 2.*

25. Uber das alles ist 9.) bekandt / und bey der ersten Frage sonderlich dargeleget worden / daß (1.) offtberührten Sempronii ungenugsame Rechnungen keines Weges zu passiren. (2.) dieselbe allerdings vor null und nichtig zu achten. (3.) Er Sempronins sich dadurch in den höchsten Verdacht gesetzet / auch ob er gleich ein Monitorial-Schreiben ausgebracht / dannoch (4.) dahin die Sache zu passiren sich nicht erkühnet / daß er bey nachgebliebener Abhörung / um eine Judicial-Calculation bey gewissen hierzu verordneten Commissariis zu verrichten sorgfältige Instanz gethan / auch allerdings keine Ruhe gehabt / biß er zu seinem Zweck gekommen / und dieser schwehren Rechnungs-Last sich völlig entledigt gehabt / wie doch billig geschehen sollen und müssen / ceu tradunt

Mascard. *de probat. concl. 1256. n. 13.*
Baldus *in L. absenti. C. si cert. petat.*
Cephal. *cons. 9. per tot.*
Richter. *decis. 13. n. 24.*
Menoch. *Cons. 988. n. 7.*

Und dannoch will man angeben / es habe die mora nicht bey dem Diener / sondern vielmehr Cajo und dessen Erben beruhet? Explorati autem juris est administratorem potissimum ad faciendum obligatum esse, puta ad rationes ex asse reddendas & verificandas,

L. 82. in fin. de cond. & demonstr.
Natta *cons. 134. n. 9.*
Gœdd. *Cons. Marp. 24. n. 73. vol. 1.*
Marta. *tom. 1. verb. rationum redditio. cap. 7. per tot.*

Facto autem hoc non præstito, delictum negligentiæ incuriositatis & omissionis committitur;

d. L. 82.

quòd

quòd dubio procul moræ & culpæ improbioris argumentum est,

L. 38. de adm. tut.

L. 32. de Usur.

Cravetta *conf. 609. n. 9.*

Hering. *tr. de fidej. c. 24. n. 120.*

tametsi nulla intervenerit interpellatio;

Crav. *Conf. 246.*

Daß aber an Seiten Caji und dessen Erben die Immission nachgegeben / und dabey eine lange Zeit acquiesciret worden / solches ist factum à rationibus ritè reddendis planè diversum, wie schon sub n. 4. hujus quæstionis gezeiget worden. Ist auch neben dem ziemlich præsumptuos, wann man sich unternehmen will de diligentiâ ad communem sortem non adhibitâ, und dergleichen mehr zu schreiben / und da man fein dürr bekennet / es hätten sich das Capital der 86. Reichs-Thaler allschon vorlängst und in wenig Jahren abgetragen / so muß Referens selbst nachgeben / quòd ex corio alieno abusus liberalitatis enatus fuerit, und man dahero mit höchstem Fug die Wiese wieder zu sich zu nehmen sich befugt befunden / dannenhero mag hier wol allegiret werden / quòd liberalitatem captiosam interpretatio prudentum semper fregerit;

L. 5. de transact. ubi Brunnem.

Die zum 10.) beygezogene Entschuldigungen / als seyen einige Posten zu beurkunden unnöthig gewesen / weil solche Cajo und dessen Erben bekandt / unter ihnen allein vorgangen / dem Sempronio niemals vorgerücket / und von dem Renthmeister N. N. passiret / auch vom Sempronio sich anerbotten worden / für einen ohnrichtigen Heller einen Reichs-Thaler zu zahlen / und was dergleichen mehr / sind von solcher Unerheblichkeit / daß deren Ablehnung allerdings unnöthig ist / quòd requisita rationum hactenus deducta adeò plana sint & indubitata, ut qui illis non satisfacit, inepta saltem folia, non verò libros rationum confecisse & porrexisse censeatur, neque enim 26.

ex

ex illis, quæ ad normam & complementum rei desiderantur, quicquam deesse debet,

L. 121. de V. O.

& præterea ubi facto opus est, verba non sufficiunt,

L. 5. §. ult. de re milit.

Gesetzt aber / es seyen einige Posten hingehen zu lassen / wie auch im Commissions-Protocoll geschehen / so folget doch daraus nicht / daß die übrige alle nicht hätten sollen beurkundet / sondern bloßerdings passiret werden; Aptius loquitur

Heeser. *dict. tract. loc. 12. n. 20. & seqq.*

dum ait: Non satisfacit administrator suo officio qui aliquas in rationum libro expensas veras esse docet, nisi etiam de reliquis veritatem faciat, cùm nullus adeò sit simplicis & stolidi ingenii, qui saltem aliquas suarum rationum partes probationibus confirmare non possit, non tamen inde sequelam ducere licet, ergò reliquæ expensæ omnes in universum veritate nituntur. Certè enim hoc in præjudicium illius, cui rationes reddendæ sunt, manifestè tenderet, quòd esse non debet, ut paulò post addit

eod. loc. n. 27.

Daß aber 11.) offtangeregte ungenungsame Rechnungen per ju-
27. ramentum credulitatis suppletorium, so etwa Sempronii Erben hierüber ablegen wollten / zumal nicht zu bestärcken seyen / darff keiner weitläufftigen Deduction, massen solches allschon zur Gnüge beygebracht worden / durch die viele in Quæstione secundâ sub fine angeführte jura & authoritates.

28. 12.) Will man den in hâc materiâ sonderlich üblichen Authorum Munoz de Escobar erläutern / und dafür halten / es seye Sempronius nicht schuldig gewesen in dieser Sachen Commissarios auszubitten / weil seine Rechnungen des Caji Erben nicht nur offeriret / sondern auch von selbigen angenommen / durchstochen / die erste Liquidation verworffen / und darauf beschienen worden / daß die Restanten auszutrei-

zutreiben ohnmöglich gewesen seye / wobey auch Cajus und dessen Erben acquiesciret / und nichts ferner gefordert hätten. So viel nun diese Erläuterung betrifft / so ist die angegebene rationum exhibitio, receptio & dispunctio zwar ohnlaugbar / aber allerdings ohnverfänglich / wie sub n. 1. quæstionis hujus distinctè & concludenter darstellig gemacht worden. Daß aber die Ohnmüglichkeit die Restanten heraus zu treiben beschienen seyn sollte / wird an Seiten Caji gar nicht gestanden / ist auch dahero um so weniger zu glauben / weil die Sache nicht gerichtlich getrieben / Commissarii ausgebetten / denenselben dieser Vorwand vorgestellt / und Rechtlicher Gebühr nach beschienen worden / impedimentum siquidem alleganti haud creditur nisi probetur,

L. 19. §. 1. de probat.
Decius *cons. 454. n. 6.*
Innocent. *in cap. ex transmissà. n. 1. X. de rescript.*

Bey diesen nichtswürdigen Vorwand wird auch abermal 13.) Rationum Acceptatio, so ohnedeme aus ihren Principiis ziemlich sub n. 8. hujus quæst. ans Liecht gestellet worden / hintertrieben / und anbey explodiret / als habe Sempronius nicht nöthig gehabt eine Judicial-Ablegung vorzunehmen / dann wäre natura & indoles acceptationis besser penetriret / so wäre dieser Vorwand zurückgehalten / anbey auf eine so general- und trival-Regul, quòd confessio plus operetur, quàm probatio, quæ fit per testes & Instrumenta, nicht so eine unschickliche Illation gemacht worden.

Nicht weniger hätte man 14.) ein wenig bedachtsamer urtheilen müssen / daß an Seiten Sempronii nicht eine närrische sondern vielmehr verständige / ja vor ihn und seine Nachkommen verträglichere Curiosität gewesen wäre / wann er Commissarios tempestivè ausgebetten / und seine unartige und unbeschienene Rechnungen in etwas besser beschiene und justificiret hätte.

Hierauff will 15.) Nodus Gordius getroffen / und mehrgedachten Caji Erben Anheischung distinctionis fœdere auf einmal niederge- 29.

leget werden / als seye des Sempronii ab onere probandi ob militantem pro ipsis præsumptionem allerdings frey / indeme allein de præsumptâ redditione rationum allhier die Frage seye / der Escobar de verâ allein Meldung thue: Wie wenig nun die Præsumptio für besagten Sempronii heredes militire / muß ein jedweder cujuscunque sortis erkennen / der nur betrachtet / quod vitia harum rationum sint aperta, & omnium oculis sese exponant, & propterea decantata subintret regula, quod evidentia sit infallibilis & certissima probatio, quæ omnes probationes elidat & tollat,

cap. ult. X. de præscript.

Sixtin. *Cons. Marp. 8. n. 29. vol. 2.*

Diesem zu Folge auch des Caji Erben sich nicht mit der præsumptâ begnügen lassen könnten / sondern vielmehr eine veram redditionem zu erfordern die höchste Ursach hätten.

30. Bey sothaner der Sachen Beschaffenheit sind 16.) erst-berührte Erben einigen Beweißthum / als seyen des Sempronii Rechnungen und darinn enthaltene Posten unrichtig zu führen gar nicht gehalten / sondern gleichwie dißfalls des Commissarii Durchgehung klare Maas und Ziel zu geben angeführet wird / also hat es auch dabey sein Verbleibens / und ist ohne deme / quod administrator rationes suas omnesque in iis contentas partitas prius verificare, non verò earum falsitatem à Domino expectare cogatur, cum asserenti incumbat probatio,

cap. 39. X. de sent. excomm.

haud verò neganti,

cap. 11. X. de probat.

Die 17.) *ex L. 16. de SCt. Maced.* angezogene præsumptio juris & de jure zielet allein auf acceptationem literarum, so ohne dem noch viele Requisita erheischet / nicht aber auf acceptationem rationum, wie schon distinctissimè in hâc quæst. sub n. 8. dargethan worden / und hätte deßwegen abermahls zurückgehalten / nicht aber inoppositè repetiret werden sollen;

Was

Was Letzlich und 18.) de salarii præstatione & usuris inde administratori solvendis angereget worden / lässet man an seinem Ort gestellet seyn / gleichwohl aber da usurarum exactio sine certâ sorte ohnmüglich geschehen kan / muß man vorhero den sortem richtig machen / und durch einen förmlichen Bestallungs-Brieff / was dißfalls zugeleget worden / erweisen / cùm tralatitium sit, usuram dici, quicquid sorti accedit, 31.

can. plerisq. caus. 14. quæst. 3.

Sortem autem, cùm in facto consistat, probandam esse, in propatulo est;

L. 2. de probat.

QUÆSTIO QUARTA.

Diese Frage auch nun mit wenigen zu beleuchten und abzuthun / 32.
so sind zwar einige Rechts-Lehrer in der Meynung / quod si Dominus intra spatium longissimi temporis nihil dixerit, neque rationum redditionem exegerit, Dominus ad eam haudquaquam obligatus prætextu & exceptione præscriptionis sese liberare possit,

Gloss. *in L. si pupillus. verb. tempore liberatur. de administr. tut.*

Bartol. *in L. servitus si viam. n. 2. de usucap.*

Es wird aber diese Meynung von andern mit mehrerem Grund widersprochen / indeme bekandt / quod nostris temporibus nulla præscriptio absque bonâ fide procedat,

cap. ult. X. de præscript.

Rebhan. Hodog. *Jur. cart. 2. clim. 2. th. 24.*

& eapropter Doctores communiter secundum dictam Bartoli opinionem judicare haud tutum esse arbitrantur, uti videre est apud

Munnoz. *de Escobar. dict. tract. cap. 5. n. 26. & seqq.*

Rot. Genuen. *decis. 20. n. 12. & 13.*

Anton. Faber. *in Cod. lib. 7. tit. 13. def. 10. n. 1.*

Und findet sich dahero von selbsten / daß Sempronii Erben / sich durch die Länge von Ablegung behöriger Rechnung keines Weges *los* wür- cken / noch exceptionem præscriptionis vorschirmen können. Zu- mahlen da sie auch noch zu rechter Zeit hierum belanget / und zur schuldigen Justification angehalten worden von Rechts wegen.

33. Dieses ist annoch mit wenigem zu gedencken / daß dieser Referent, indeme er nur allein zum Commissario vorgeschlagen / keines aber be- stättiget / viel weniger aber zur Commission zugelassen worden / seine Relation abzustatten sich billich entbrechen sollen / um so mehr / da bekandt / quòd non aliter relatio ritè fieri possit, quàm si Com- missarii omnes simul & unâ vice eam fecerint & adornaverint.

CONSILIUM seu RESPONSUM XLVIII.

DE APPREHENSIONE POSSESSIONIS BONORUM COLONARIORUM EX CAPITE PRÆTENSÆ DONATIONIS NULLITER FACTA, NEC NON CONSERVATA PER COLONOS JURE POSSESSIONIS, INTERDICTO UTI POSSIDETIS ET DECRETO MANUTENENTIÆ.

Von nichtig ergriffener Possession in Hoff-Güttern wegen angeblicher Schenckung/ wie auch vermittelst derer Hoff-Leute erhaltenen Besitz-Recht/ dem Interdicto uti possidetis und Manutenenz-Decret.

SUMMARIA.

1. *Per colonos & qui nostro nomine in possessionis conservatur, ac favorabilior est conservatio quàm nova acquisitio.*
2. *Quando Coloni dejiciuntur, aliusq; vult possessionem occupare, Locator illam non admittit.*
3. *Quod ampliatur, etiamsi Coloni bona colonaria à prætenso apprehendente conduxissent.*
4. *Nec callida apprehendentis persuasio præjudicium Locatori infert.*
5. *Etiamsi ex facto vel culpa detinentium aliquid indultum fuerit. Quod latius extenditur.*
6. *Ejus demum rei possessio acquiri potest, quæ est vacua; duo eandem rem ne quidem diverso possessionis genere possidere possunt.*
7. *Ei, qui Civilem possessionem habet & retinet, debetur manutentio; multo magis, quando Coloni ipsius in possessione manserunt.*

8. *Antiquior possessio cur præferenda recentiori?*
9. *Civiliter possidenti Interdictum uti possidetis contra possidentem naturaliter tantum competit, quando naturalis possessio respectu civiliter possidentis est injusta.*
10. *Apprehensio censetur de facto intervenisse, quando possessore haud citato usurpata fuit, quòd Brunnemanni doctrinâ firmatur.*
11. *Concluditur apprehensionem Sempronii nullam, Mevium autem in possessione manutenendum esse.*

RESPONSUM.

Obwohlen Sempronius von dem Puncto Possessorii einige Impression zu schöpffen scheinet/ indem er in die Hof-Gütter/ so die Livia eigenthumlich besessen/ und durch die Gebrüdere N. N befahren und stellen lassen/ sich desto füglicher ex capite prætensæ donationis zu schwingen/ einen Notarium mit dahin genommen/ und in dessen Beywesen nicht nur ermeldte Hof-Leute zu gewinnen/ sondern auch zu Leistung verbindlicher Hand-Gelöbnus zu bereden/ nicht weniger auch die Feld-Gütter zu apprehendiren/ und über dieses alles mit einem Instrumento Apprehensionis versehen zu werden sich unterfangen/ so ist es doch an deme/ daß sothanes Beginnen so wenig convenabel, als wenig dasselbe in Possessorio ihme zu einigem Vortheil und verlangter Manutenenz angedeyen könne.

1\. Und dieses aus nachfolgenden Ursachen/ allermassen 1.) ob dem klaren Buchstaben der sub n. 1. copialiter anliegenden und den 18. Junii im Jahr 1701. errichtet seyn sollenden Donation sich ergiebet/ daß ermeldte Livia alle von solchen Hof-Güttern fallende Utilia sich per expressum reserviret/ und zwar unter diesen Formalien: Dabey mir dann dieses austrücklich vorbehalte/ daß so lang ich lebe/ ich alle darvon fallende Einkünfften an Früchten/ Feder-Vieh/ und Leyh-Geld für mich behalten/ und darüber jedesmal verordnen will. Welches

ches auch Sempronius selbsten in deme von ihme producirten Instrumento apprehensionis in keiner Abrede seyn können / wie dessen Abschrifft sub n. 2. klar im Munde führet.

Da nun sothane Reservatio so wol in usu juris als fori anders nichts als veram & naturalem rerum locatarum possessionem an Seiten der Liviæ nach sich ziehet / und sie dergestalt des Juris Possessionis sich mit Grund der Warheit einig und allein zu erfreuen hat / cùm per colonos & omnes, qui nostro nomine in possessione sunt, jus possessionis nobis conservari tralatitium sit;

L. 3. §. 12. de acq. vel amitt. possess.
§. 5. Inst. de Interdict.

tametsi hi decesserint, vel aliâs inhabiles redditi fuerint;

L. 25. §. 1. & 2.
L. 27. de acq. vel amitt. possess.

cumprimis cùm semper favorabilior sit conservatio, quàm nova acquisitio;

L. 1. princ. de pignor.

& ad conservationem inductum non possit operari perditionem,

Wesenbec. *Cons. 1. n. 30. part. 1.*

So wird dannenhero sothane Apprehensio mentionirtem Sempronio zumal nichts profitiren / und hingegen Mevio zu einigem Nachtheil gar nicht gereichen können.

Und dieses 2.) um so mehr / da gegenwärtige Hof-Leute in ihrer Erhebung geblieben / von denen Güttern aber im geringsten nicht verdrungen worden; Quando autem Coloni non dejiciuntur, sed iis manentibus in possessione alius velit eam ingredi & occupare, tum locator non amittit possessionem, cum ad hoc, ut locatori inde præjudicium oboriri possit, præcisè necesse sit, omnes Colonos cum totâ familiâ & bonis è fundo expulsos fuisse, ceu in terminis terminantibus refert, & ita per Rotam Romanam decisum & obtentum esse comprobat 2.

Vincen-

Vincentius Hondedæus *Conf. 20. n. 15. vol. 1.*

3. Bey welcher der Sachen Bewandtnus auch 3.) keine Hinderung thut / daß die Hof-Leute Sempronio einige Hand-Gelöbnuß *zu thun* sich bereden lassen / wie sie dessen Erwehnung gethan in beyliegender Copiâ Ambts-Protocolli sub num. 3. Quantumvis enim ulterius processerint, & bona colonaria ab ipso prætenso apprehendente conduxissent, tamen inde locatori nullum in possessione præjudicium inferri potuisset, dum ipsi Coloni in bonis manserunt, & nullatenus dejecti fuerunt, ceu id doctè & eruditè inculcat

Hondedæus *dict. loc. n. 16. ubi etiam alias notabiles ampliationes in seqq. subjicit.*

4. Anitzo 4.) nicht zu gedencken / daß die von Sempronio hierbey gebrauchte Persuasion keines Weges zu approbiren / sondern vielmehr Anlaß gibt / darüber Beschwerde zu führen / und seines Rechtens dargegen sich zu gebrauchen / & quidem juxta ductum ejus, quod pertinenter reliquit Proculus in

L. 31. de dol. mal.

5. Worzu 5.) einen mercklichen Beytrag thut / daß auch klar versehenen Rechtens seye / es stehe in denen Mächten der Hof-Leuten nit / durch ihr Versehen ihrem Lehen-Herrn den geringsten Schaden und Verlust zuzuziehen; Ne minimum siquidem præjudicium inde suboritur Locatori, quando ex facto vel culpâ detinentium aliquid indultum fuit, adeò ut ne naturalis quidem possessio per ingredientem eidem subvertatur, ceu elegantissimum Justiniani Imperatoris rescriptum ostendit in

L. ult. C. de acquir. vel retin. possess.

& quidem in verbis: ut Dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat. Et paulò post verbis aliis: Nihil penitus præjudicii Domino generetur. Cum quo loco etiam concordant, quæ non minus cum singulari emphasi rescripserunt Imperatores Honorius & Theodosius in

L. 8. C. si res alien. pign. &c.

ubi

ubi sic legitur: Per Servum, per Procuratorem Colonumve actorem seu conductorem ullum præjudicium possessioni, invito vel inscio Domino imponi non posse, ceu jure & legum authoritate declaratur. Quod iidem repetunt in

L. 13. C. quod cum eo qui &c.

hisce formalibus: Dominos possessionum obligari non posse. Neque aliud innuunt Imperatores Valerianus & Gallienus in

L. 6. C. eod.

dum ita disponunt: Cùm te servi factum non obligaverit, & ingrediens rem tuam contra vim ejus authoritate competentis Judicis protegeris.

In Conformität aller dieser trifftigen Motiven entstehet auch 6.) zwischen mehr-besagten Sempronii abwegigen Apprehension und dem bekandten Rechts-Satz eine gäntzliche und implacable Incompatibilität / ejus demum rei possessionem acquiri posse, quæ sit vacua, 6.

L. 3. §. 5. L. 18. §. 2. L. 33. L. 34. princ.
& L. 52. §. ult. de acq. vel amitt. possess.

cùm juris non minus analogiæ, quàm naturæ ipsi adversetur, duos unam eandemque rem in solidum possidere posse;

dict. L. 3. §. 5. eod. tit.
L. 5. §. ult. commod.
L. 10. princ. de precar.

Ne quidem diverso possessionis genere, siquidem unus nequit civiliter, alter naturaliter possidere,

L. 1. §. 15. de acq. vel amitt. possess.
L. 17. §. 1. eod.

cùm possessio nihil sit aliud quàm detentio,

L. 1. princ. dict. tit.

cum animo sibi habendi,

dict. L. 1. §. 20.

L. 20. eod. tit.

Naturalis autem pugna intercedit inter insistentiam unius, & compossessionem alterius, ita quippe sese re habente, ut *impossibile sit*, eum ibi stare vel sedere posse, ubi alius stat vel sedet;

citat. L. 3. §. 5.

Fridericus Decker. *tract. de Possess. Creditor. in pign. disp. 3. th. 148.*

Nebst deme so bestehet Possessio in einem solchem Jure, quod simul factum quoddam admixtum habet, facta autem sicut sunt individua, ita parum convenit, ut sub diverso conceptu penes plures esse valeant;

arg. *L. 72. de V. O.*

7. Wird dann fernerweit 7.) hierauf Achtung gegeben / daß mentionirte Livia nicht nur possessionem naturalem durch ihre auf dem Gut Quæstionis gehabte Hoff-Leute / sondern auch allerdings Civilem zu allen Zeiten behalten / und genau in acht genommen / indeme sie auch continuâ animi destinatione derselben inhæriret / und auf deren Gebrauch descendiret /

§. 5. Inst. de Interdict.

L. 27. L. 45. L. 47. in fin. de acq. vel amitt. poss.

So wird niemand abläugnen können / es seye mehr-ermeldten Sempronii Apprehension nimmermehr zu salviren / sondern vielmehr für eine unzuläßige und verwerffliche Invasion zu halten; Quando enim ei, qui civilem possessionem habet & retinet, debetur manutentio eò quòd habeat effectum veræ possessionis, ita ut ob eam possessor fructus suos faciat, multò magis ad eam proderit, quando Coloni ipsius in possessione manserunt, dejectique haud fuerunt; Neque enim hâc ratione aliter dici potest, quàm eum, qui apprehensionem molitus est, de facto alterius possessoris bona occupasse, & in actum ipso jure nullum prærupisse, præcipuè cum civilis possessio animo retenta trahat ad se naturalem, & occupantem judicia-

judiciali manutentione protinus repellat, idque indubitatum esse profiteatur;

Posthius *tract. de Manut. Obs. 16. n. 31. & seqq.*

cui asserto etiam largum præbet suffragium antiquitas, enim igno- 8.
tum esse potest, antiquiorem possessionem semper præferendam & anteponendam esse recentiori,

cap. 9. X. de probat.

quia semper justitiam habere permanentem censetur;

Afflict. *decis. Neapol. 376. n. 6.*

& præsens præsertim ex parte prætensæ donatricis justo titulo munita reperitur;

Menoch. *de retin. possess. remed. 3. n. 736.*

cùm ècontra recentior cum malæ fidei charactere affectæ esse præsumatur, & injusta,

Vultej. *Consil. Marp. 30. n. 87. vol. 2.*

ubi notabiliter addit, hanc esse communem theoricam & practi- 9.
cam totius mundi. Magnum hisce firmamentum addit, quòd civiliter tantùm possidenti competat interdictum uti possidetis contra possidentem naturaliter tantùm, quando ista naturalis possessio est injusta respectu civiliter possidentis & isto casu habet naturam recuperandæ, ceu cum Bartolo notanter & signatè decidit

Petrus de Benintendis *Decisione Bononiensi. 42. n. 5.*

Cumprimis cum etiam præsumptiva possessio sufficiat in summariissimo retinendæ;

Posthius *decis. 228. n. 1.*

Et continuans possidere non dicatur pati possidere alium;

Posth. *decis. 172. n. 5.*

Worzu 8.) kombt/ daß Sempronius in sothane Hof-Gütter zu der 10.
Zeit einzuschleichen sich bemühet / da er in Erfahrung bracht / es habe offtberührte Livia die angeführte Donation zu widerruffen resolvi-

ret / wie er selbsten in seinem vorhin mentionirten Instrumento Apprehensionis Meldung gethan / und zwar in denen Worten : Demnach aber die Donatricin nach solcher Schenck- und Uberlieferung der Documenten diese ihre gethane freywillige Schenckung / wie deren Mit-Erben davon Nachricht erhalten / revociren / sich des Hofs als eine Lehen-Frau annehmen &c. wann er nun auch allerdings in Causâ Possessorii sich eines obsiegigen Ausschlags zu getrösten vermeynen wollen / so hätte er nicht von seiner unternommenen Apprehension den Anfang machen / sondern vorhero die Liviam ad eam citiren lassen müssen / in Betracht / auf einem festen und unbeweglichen Fundament stehet / apprehensionem censeri de facto intervenisse, quando possessore haud citato usurpata fuit, uti graviter & cum judicio docet

Posthius *laudatâ Observ. 16. n. 31.*

Und darff man hierbey ja nicht gedencken / als wann dieses in triturâ forensi keinen Platz ergreiffe / massen ein anders der vortreffliche und gewissenhaffte JCtus Brunnemann. zeiget / indeme Er in praxi consulendo nomine Academiæ Francofurtensis

Consil. 171. n. 17.

sich nachfolgender Gestalt vernehmen laßen : Den andern Einwurff betreffend / hat solcher statt / wann die actualis possessio sine vitio apprehendiret ; Allein in diesem Fall seyd ihr / der ein jus notorium in diesen Güttern gehabt / nicht citiret / quo casu actualis apprehensio contra civilem non tenet ;

11. Gleichwie nun 9) und Letztens offtangeregter Sempronius seinen ergriffenen Besitz auf einen gantz unhaltsamen Fuß gesetzet / und sowol hierbey contra aperta legum sancita, ipsamque naturam, als auch saniorem praxin und trituram forensem sich verfahren / als wird auch selbiger darmit und dem dabey überkommenen Instrumento Apprehensionis nimmermehr auslangen können / vielmehr aber da dieses alles auf eine offenbahre Nullität verfällt / gegen ihn in summariissimo gesprochen / Appellaten aber bey ihrem rechtmäßigen so Civil- so

Natural-

Natural-Besitz offtberührter Hof-Gütter denen offenbahren Rechten gemäß gelassen werden müssen / um so vielmehr / da auch deren Mutter bey Leb-Zeiten nach dem vor einigen Jahren erfolgten tödtlichen Hintritt der Liviæ, und also possessione eo tempore vacuâ redditâ ermeldte Gütter legitimè apprehendiret / ein vollständiges und zu Recht gültiges Instrumentum Apprehensionis darüber erhalten / forters dasselbe nebst der von offtermeldter Livia errichteten Testamentarischen Disposition testantibus Actis bey Hoch-Fürstl. Regierung zu N. N. vorzeigen / und ein Decretum Manutenentiæ dabey bitten lassen / auch Besag der Beylagen sub n. 4. & 5. dasselbe würcklich erhalten.

CONSILIUM seu RESPONSUM *XLIX.*

IN EADEM CAVSA.

Quatenus amicitiæ cultæ & compensationis Meritorum in donationis prætensæ cumprimis magnam quantitatem concernentis articulo ratio habeatur?

Constitutum possessorium quando locum non habeat?

Wie weit auf die gepflogene Freundschafft und Vergeltung der geleisteten Dienste bey einer angeblichen/ zumahlen ansehnlichen Schenckung die Absicht zu nehmen?

Wann das Constitutum Possessorium keinen Platz finde?

SUMMARIA.

1. *Levis notitia nomen amicitiæ simplicis haudquaquam meretur; In donationis articulo mens dantis & accipientis principaliter inspicienda.*
2. *A temporis mutatione omnium rerum vicissitudines & momenta dependent.*
3. *Æquum non est, ut quis ulterior fruatur commodo, quàm in quo laboravit.*
4. *Id demum donari censetur, quod nullo jure cogente conceditur & ex merâ liberalitate proficiscitur.*
5. *Donatio haud præsumitur, sed summoperè evitanda.*
6. *Donatio, quæ magnam concernit quantitatem, probabilis haud censetur, adeò ut error potius præsumatur, etiamsi in facto proprio intervenisset.*
7. *Salarium immoderatum à Cliente promissum Judex ad partis peti-*

petitionem moderari debet, & palmarii nomine modicum saltem in casum victoriæ præstandum.

8. *Donatio perperam extorta & à benefaciendi studio remota prodesse non debet, & mandatario id, quod ex causâ mandati accepit, restituere incumbit.*

9. *Essentialis donationis forma in quonam consistat?*

10. *Merita propter quæ donatio prætenditur, in specie exprimi & probari debent.*

11. *Immensa compendia sub nomine Honorariorum poscentes penitus repelluntur.*

12. *Qui alienarum rerum possessiones invasit, non solum eas reddere, sed etiam æstimationem earum restituere tenetur.*

13. *Instrumenti traditio nonnisi liberâ Domini voluntate facta ad donationis inductionem cooperatur.*

14. *Rescriptum* L. 28. C. de donat. *cur in præsenti casu locum non habeat, explanatur.*

15. *Cessante Titulo vel re simulatè gestâ constitutum possessorium minus rectè allegatur, cumprimis quando statim ab initio Titulus est nullus, quod ampliatur.*

16. *Nudi detentores alieno nomine in possessione sunt, & suo ministerio aliorum utilitatibus medentur.*

17. *Pro Mevii apprehensione iterum concluditur.*

RESPONSUM.

Als denen in obermeldter Sache fernerweit verhandelten / und 1.
nur de novo zu Handen gestellten Actis ergiebet sich des mehrern / wie daß zwar Sempronius seine Intention in einer besondern Freundschafft / so zwischen seinen und der Liviæ Antecessoren unterhalten worden / welche auch bey Friedens- und Kriegs-Zeiten sich geäußert / und darvon die Acta Cancellariæ Nachricht ertheilen würden / zu gründen vermeynet. Nachdeme aber Mevius diesem allem enixissimè contradiciret / und dargegen vorgeschützet / welcher Gestalten

stalten in loco hoc publico keine Documenta familiaritatis domesticæ vel alterius inter personas quasdam cultæ asserviret würden / sondern bloßhin dieses erweißlich wäre / wie daß gedachter Sempronius sowol als dessen Schwieger-Vatter gedachter Liviæ Streit-Sachen verwaltet / hierob aber keine familiaritas singularis entstanden / so ist dieses allein übrig geblieben / quòd inter commemoratas personas nil aliud, quàm levis quædam notitia, quæ ne nomen quidem simplicis amicitiæ meretur, intercesserit, wie darvon Meldung thut

Paulus *in L. 223. §. 1. de V. S.*

Woran um so weniger zu zweifflen / da in donationis articulo vornemlich mens dantis & accipientis regardiret zu werden pfleget /

L. 15. §. 4. locat.

Bey weitem aber die jenige / welche pro labore & studio ihre honoraria abtragen / einige Gedancken zu schencken gar nicht von sich spühren laßen / sondern vielmehr ihre Vorsprecher darmit völlig abzufertigen gemeynet sind / einfolglich denenselben ulterius quicquam aucupandi spem gäntzlich benehmen / quo ipso affectus utriusque partis nimmermehr conjungiret wird / wie sonsten erfordert JCtus in

L. 55. de O. & A.

2. So ist auch 2) das jenige / was in annis juvenilibus tanquam nullius discretionis & judicii, vorgangen zu seyn angereget wird / leviusculum & minimæ considerationis, zumal da die anwachsende Jahren sowol die Gedancken / als auch die Kinder-Freundschafft mercklich verändern und unterbrechen / cùm à temporis mutatione omnium rerum vicissitudines & momenta dependeant & metienda sint;

can. 2. dist. 35.

cap. pen. X. de Consang. & affin.

3. Wie dann 3.) der Liviæ Bekandtschafft / so sie zu Sempronio als ihrem Sachwalter nach seiner Verheyrathung gesuchet / von eben solcher Art ist / tantum enim abest, laboris compensationem me-

tas

tas præstiti patrocinii egredi, cùm non æquum sit, ut aliquis ulteriori fruatur commodo, quàm in quo laboravit, ne ex alienâ jactura sibi lucrum acquirat, ceu benè respondit

Tryphoninus *in L. 12. §. 1. de distract. pign.*

Würde auch 4.) gewißlich um so mehr nach einer abwegigen Gewinnsucht schmecken / wann man sich dahero einen Schenckungs-Einfall vorbilden wollte / cùm id demum donari censeatur, quod nullo jure cogente conceditur; 4.

L. 29. de donat.

& ex merâ liberalitate ac munificentiâ proficiscitur;

L. 1. princ. eod.

Nunquam autem hunc in censum referri potest, quod pro ambiguis causarum fatis dirimendis stipendii loco accipitur, & hujus præstatione necessariâ terminum absolutionis attigit, præprimis cùm juris necessitas liberalitatem excludere soleat;

L. 18. de adim. Legat.

Uberdas ist 5.) nicht unbekandt / quòd donatio, ceu dilapidationis species haudquaquam præsumatur; 5.

L. 25. vers. si verò. de probat.

In tantum, ut eò omnis dirigatur conjectura, quomodo donatio evitetur;

L. 10. de solut.

Welches 6.) in præsenti Schemate ohnstreitig Platz ergreiffen muß / da keines Weges zu begreiffen / daß die Livia aus eigener Bewegnus eine solche ansehnliche Donation eines gantzen Hoff-Guts resolviret / und dessen Eigenthum mit ihrem höchsten Ungemach gegen ein und andern Vortritt sich selbsten abgestricket haben sollte / anerwogen die vornehmste Rechts-Lehrer dahin das Absehen führen nunquam probabilem censeri donationem, quando concernit magnam & non contemnendam quantitatem; 6.

Richter. *Consil. 381. n. 18. vol. 2.*

Vielmehr da error potius quàm donatio præsumiret wird / etiamsi in facto proprio intervenisset;

Cravetta *Cons. 77. n. 14. & Consil. 142. n. 26.*

Um so weniger dieselbe zu salviren stehet / cùm captiosam liberalitatem interpretatio prudentum frangat, textu notabili in

L. 5. de transact.

7. Deme 7.) des mehreren zu statten kombt / daß auch immoderatum salarium à cliente promissum ad partis petitionem à Judice moderiret werden müsse / wie darvon Anleitung ertheilet

Ulpianus *in L. 1. §. 10. de extraord. cognit.*

Bevorab da auch palmarii nomine weiter nichts als modicum saltem in casum victoriæ beliebet werden könne;

dict. L. 1. §. 12. eod.

8. Gesetzt auch 8.) es verhalte sich also / was sub n. 19. an Seiten Sempronii anbracht worden / so würde doch solches ihme mehr zum Nachtheil als Vortheil gereichen / an einem Theil / weil diese Lieferung allschon post renunciationem donationis vorgangen / mithin er dadurch in apertâ malâ fide, daß ihme dieselbe ad acquisitionem dominii keines Weges angedeyen könne / gesetzt worden / ne alioquin prosit ei donatio perperam extorta, & ab omni benefaciendi studio prorsus remota, contra

L. 29. de donat.

am andern Theil aber / da solcher Gestalt nichts übrig geblieben / als daß er characterem nudi Advocati & Mandatarii behalten / so daß gleichwie er in eben solchem Absehen die solchen Hoff concernirende Documenta bekommen und gebrauchet / also auch das Leyh-Geld zu dem Ende erhoben / daß er solches Ihro als Proprietariæ asserviren / darüber Rechnung erstatten / und nach Gelegenheit lieffern solle / cùm mandatario id, quod ex causâ mandati accepit, restituere incumbat, aliâs actione mandati ad id conveniendus;

L. 8. §. 9. & ult.

L. 9. L. 10. pr. & passim mandati.

Wäre dann gleich 9.) die Livia nunmehro S. Domina dieser Hof-Gütter Q. gewesen / so ist doch weit davon / daß sie pro Donatrice mit Bestand angegeben werden können / cùm essentialis donationis forma in eo consistat, ut res à donatori animo donandi liberè & nullo jure cogente tradatur, 9.

dict. L. 29. princ. de donat.

Dergleichen aber allhier / da dieselbe fein dürr von sich geschrieben / wie sie darzu genöthiget / niemals aber dergleichen Schenckung zu veranstalten in Sinn genommen / zumal nicht zu bemercken / mithin dieselbe so wenig zu salviren / als vielmehr exceptione doli zu impugniren stehet;

arg. *L. 2. §. 3. & 4.*

L. 25. de donat.

So ist auch 10.) eine vergebliche Sache ad compensationem meritorum zu provociren / da selbige so wenig zu erweisen / als vielmehr auf eine quæstuose Vorsprach und Gerichtliche Vertrettung / so ohne die darzu gehörige Documenten nicht geschehen können / verfallen / non enim sufficit in genere beneficia vel merita, propter quæ donatio prætenditur, commemorari, si non in specie fuerint expressa & probata, ceu post Tiraquellum latè id persequentem tradit 10.

Wesenb. *Consil. 135. n. 57. part. 3.*

Was aber 11.) patrocinium inter strepitus forenses præstitum anlangt / so kan solches pro causâ tantæ profusionis nicht geachtet werden / tùm quòd congruis stipendiis ita fuerit pensatum, ut justæ commensurationis terminos jamdudum attigerit, tùm etiam quòd immensa atque devia compendia sub nomine honorariorum ex negotiis ad defendendum susceptis cum gravi damno litigatoris poscentes penitus repellantur, ut apparet ex 11.

L. 5. C. de postuland.

L. 6. §. 2. C. eod.

Agricola *tr. de offic. boni Advocati. cap. 23. in med.*

Accedit, quòd consensus non minus facto quàm verbis declaretur,

L. 5. rem rat. haber.

& proinde cui nomen non convenit, nec ejus dispositio convenire possit;

arg. *L. 4. §. 6. de damn. inf.*

12. Wie es nun 12.) mit mehr-berührten Sempronii Apprehension beschaffen seye / wird abermahl nach offt-ermeldter Liviæ von sothaner Donation gemachten Urtheil und darauf verfügten Revocation zu ermessen seye / es verfalle nemlich dieselbe auf eine unerlaubte und höchst-nachtheilige Invasion, mithin dargegen die in Rechten enthaltene heylsame Vorsehung Platz ergreiffe / quòd qui alienarum rerum possessiones invasit, non solum eas reddere, verum etiam æstimationem earundem restituere obstringatur;

L. 9. C. unde vi.

Et quamvis Sempronius causam petitorii sive donationis moveat, illiusque probationem in se suscipere sit paratus; tamen quia sibi ipsi malè apprehendendo jus dixit, non audiendus est, sed nihilominus condemnandus, idque ad præscriptum Papiniani, qui ita scripsit: Eum, qui fundum vindicavit, vel vindicare potest, (puta ex causâ dominii justè competentis & recenti) ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio, nihilominus interdicto rectè agere poterit, & quidem in textu eleganti,

L. 18. §. ult. de vi & vi armat. ubi Brunnemann. *in fin.*

13. Bey welchen Umständen 13.) und da die Donation null, der Hof aber invalidiret worden / er in seinem eigenem Nahmen die Hof-Leute darmit nicht belehnen / noch wider ihren Willen Instrumentum Locationis auf sich richten können / da doch instrumenti traditio non nisi liberâ domini voluntate facta ad donationis inductionem cooperiret / per citat.

L. 1. C. de donat.

Hätte

Hätte er aber in der Liviæ Nahmen die Verlehnung verrichtet / und darauf Ihro das Leyh-Geld zugeschicket / so hätte er nur partes mandatarii, nicht aber veri domini exequiret / wie allschon vorhin Meldung geschehen:

Eben so irrig hat auch 14.) mehrbesagter Sempronius das Rescriptum in 14.

L. 28. C. de donat.

und die dabey benahmte Interpretes angezogen. Audiamus verba constitutionis: Quisquis rem aliquam donando &c. Præsupponit ergò hæc sanctio personam, quæ donaverit: Ast in præsenti casu talem deficere quærela à defunctâ mota & scriptis comprobata demonstrat, se nempe ad hanc donationem more minus convenienti fuisse inductam. Quo ipso cum dominium penes eam remanserit, usumfructum non à prætenso donatario, quod aliâs vi rescripti necessarium fuit, verùm potius tanquam partem dominii proprii retinuit, idque ad ductum textus expressi in

L. 4. de Usufr.

ubi dicitur usumfructum partem dominii constituere.

Atque talis Sempronii error etiam alii occasionem præbuit, 15.
dum hæc verba protulit, quod civilem & naturalem possessionem donatrix ipsi cesserit. Quod civilem attinet, consistit ea in detentione animo domini competente, ita ut talem vel dominus vel b. f. possessor habeat: So wenig nun derselbe sich eines dominii bey seiner erpreßten Donation rühmen / so wenig kan er auch sich eines b. f. anmassen / indem ihme negotium malâ fide celebratum offenbahr refriciret worden. Die naturalis possessio reimet sich auch nicht anhero / indem schon vorhero gezeiget / wie die Livia per colonos suos in perceptione fructuum geblieben / mithin unschicklich seye / daß er sich hierunter einer Possession anmassen wolle / cùm duo eandem rem simul possidere non valeant, zumalen da auf festen Fuß stehet / quod cessante titulo, vel etiam re simulatè gesta constitutum possessorium allerdings unschicklich seye / eò quòd contractu

 & ne-

& negotio principali corruente etiam accessorium expiret;

Cravett. *consil. 106. n. 4.*

Cumprimis verò hoc procedit, quando statim ab initio titulus est nullus, uti hoc loco prætensa donatio; In tantum, ut nec validitate tituli quis uti possit pendente lite super nullitate negotii, in quo hoc interpositum;

Posthius *tr. de Manut. Obs. 20. n. 45.*

16. Und wann gleich 15.) Sempronius als ein bloßer Mandatarius, wie er in der That ist / consideriret würde / so will doch um so weniger constitutum anlangen / indem bekandt / quòd nudi detentores alieno nomine sint in possessione, & corporis sui ministerio aliorum utilitatibus meteantur, suo autem nomine nil habeant;

L. 7. §. 11. comm. divid.

L. 1. §. 9. de vi & vi arm.

17. Gleichwie nun 16.) die Livia biß in ihren seeligen Abschied so gestalten Dingen und wahren Umständen nach Domina dieser Hof-Güter geblieben / ihr habendes Besitz-Recht auch biß dahin durch ihre daselbsten gehabte Hof-Leute unverrückt erhalten / hingegen aber Sempronius dieselbe tanquam bona à vero domino occupata & possessa, hâcque ratione nequaquam vacua, perverso more invadiret / nullâ certâ manutentione dignus, also bleibet es ein vor allemal darbey / daß Mevius dieselbe post obitum defunctæ Liviæ, da derselben Possession zu Ende gelauffen / nach Innhalt des Instrumenti Apprehensionis rechtmäßiger Weiß ergriffen / mithin darbey zum kräfftigsten geschützet werden müsse.

CONSI-

CONSILIUM seu RESPONSUM L.

DE HOMICIDIO A MILITE EBRIO COMMISSO.

Uber eine von einem trunckenen Soldaten begangene Mordthat.

SUMMARIA.

1. *Non sufficit de ipso constare homicidio, sed quænam qualitates & circumstantiæ insuper examinari debeant?*
2. *Occidendi animus ex actu per se illicito colligitur, & operam dans rei illicitæ de omni eo tenetur, quod etiam præter illius intentionem & scopum sequitur.*
3. *Quod tamen limitatur, quando conjecturæ in contrarium concurrunt.*
4. *Cumprimis ubi casus contingit, in quo homicida neminem deprehendit & proinde nullâ ratione mortem alicujus secuturam esse, cogitare potuit.*
5. *Injustitiæ nævum nonnisi ad alterius perniciem directum esse in comperto est.*
6. *Quando operam dans rei illicitæ de eventu subsecuto teneatur, deducitur.*
7. *Ut & quando culposum homicicidium resultare dicatur.*
8. *Voluntas & propositum factorum qualitatem distinguit, nec facti absolutè sed potius intentionis & causæ faciendi ratio habenda.*
9. *Probatio doli in causis criminalibus substantiam judicii ingreditur, & instituta accusatio ex hujus defectu coincidit, quod ampliatur.*
10. *Rixa inopinata doli insimulationem protinus excludit, præprimis*

primis quando nulla inter reum & defunctum intercessit vixa.

11. *Ebrietas immodica omnem voluntatem ac consensum aufert & tali obrutus dementi non absimilis reputatur.*

12. *Judices sapientes facta per ebrietatem enormem admissa concessione veniæ digna existimant.*

13. *Militibus per vinum lapsis capitalis pœna remitti debet.*

14. *Excessiva ebrietas unde dijudicanda, & qualis Testibus de ea deponentibus fides habenda?*

15. *Testes plures paucioribus sunt præferendi & pro circumstantiis delicti exclusivis deponentibus magis credendum.*

16. *Quando delinquens ad iram fuit concitatus, animus occidendi prorsus exulat, ac iram cumprimis Militi continere difficile est.*

17. *Ubi durante adhuc dolore cædes insecuta fuit, propositi mali conjectura haudquaquam capi solet.*

18. *Vitæ anteactæ testimonium etiam in Militis personâ maximum lenitudinis argumentum præbet.*

19. *Doli & delicti præsumptio in dubio haud capitur, & dolum præsumptum contraria præsumptiva probatio excludit.*

20. *Quando capi potest conjectura delicti & non delicti, semper capi debet sensus per quem quis non cadit in delictum.*

RESPONSUM.

1. BEy der von einem Schwedischen Corporal, so in der freyen Reichs-Statt W. auf Werbung gelegen / an einem gewißen Tag-Löhner dem Bericht nach begangenen Entleibung ist vors Erste sonderlich wahrzunehmen / ob sobald nach beschehener That inspectio cadaveris von einem geschwohrnen Medico und gleichfalls einem oder zweyen beeydigten Chirurgis vorgenommen / und lethalitas vulneris also und dergestalt / daß hieraus nothwendig der Tod erfolgen müßen / hingegen aber der Verwundete nicht in andere Wege und

und etwa durch einige darzu geschlagene Zufälle / als schwehre Noth / Schläg / Verblutung oder Verwarlosung umbs Leben kommen seye / befunden worden / und dieses nach Anleitung der

Peinl. Hals-Ger. Ordn. *artic. 149.*

non enim sufficit de ipso constare homicidio, sed omnes ac singulæ ejusdem qualitates & circumstantiæ cumprimis verò quod occisus ex percussione & vulnere inflicto obierit, simul accuratissimè examinatæ & re ipsa deprehensæ esse debent, ceu cum citatis monet

Sebast. Guazzinus *tract. de defensa reorum. def. 4. cap. 2. n. 8.*

In tantum, ut si modus dictâ ordinatione præscriptus haud fuerit observatus, sed prætermissus aut perperam adhibitus de certitudine criminis & pœnæ desuper determinandæ juxta communem & verissimam Interpp. sententiam nil quicquam infallabiliter statui valeat, sed mitior potius sententia eligi debeat, licet fortè temporis modicum intervallum concurrat, cùm tale apodicticè lethalitatem vulneris haud inducat, sed veritas hujus à docta eorum perquisitione, qui peritiam artis profitentur, petenda & metienda veniat, uti ex literis responsoriis ad Aulam Electoralem à Scabinatu Lipsiensi missis singulariter elucescit, quas ad verbum retulit

Carpzov. *Prax. Crimin. pract. 1. quæst. 26. n. 46.*

Cumprimis cùm in dubio pronunciari soleat vulneratum ex vulnere non fuisse mortuum, ceu post Baldum, Decium Grammatic. & alios firmavit

Menoch. *tract. de arbitr. Jud. quæst. lib. 2. cap. 275. n. 13.*

Sollte dann etwa dieses sehr nothwendige Stück hierbey wahr genommen / und die tödtliche Verletzung in der That befunden worden seyn / so fiele darauf Zweytens die Haupt-Frage zu erörtern für / welcher Gestalt diese am Taglöhner verübte Hinrichtung anzusehen / ob selbige vor einen vorsetzlichen oder aber bloßer Dings unvorsichtigen und ohne Muthwillen vollbrachten Mord zu achten seye? Die Entledigung dieser Frage wird darauf ankommen / ob man mit Grund und Bestand behaupten könne / daß peinlich Beklagten animus & volun- 2.

tas occidendi vel saltem vulnerandi beyzumessen seye? oder ob nicht vielmehr wider seinen Willen und ungeschickter Weise dieser Unfall sich begeben habe? Wiewohl nun dißfalls pro homicidio dol*oso* & voluntate occidendi einiger Argwohn geschöpffet werden könnte / quòd ejusmodi animus ex actu per se illicito colligatur,

Bossius *de Homicid. n.* 44.

& operam dans rei illicitæ teneatur de omni eo, quod inde etiam præter illius intentionem & scopum sequitur, ita ut facilè cogitare debuerit vel potuerit, de eo quod inde successurum erat;

Cœpolla *Cons.* 33. *n.* 2.

Solo etiam Instrumento lethali ita comparato, ut dolus inde colligatur;

Brunnemann. *de Process. inquisit. cap.* 9. *n.* 54.

3. So mag doch der Rechts-Lehrer einstimmigen Meynung nach sothane Præsumptio keinen Platz ergreiffen / wann durch besondere Conjecturas dieselbe unterbrochen / und mittelst derer rei persona ab animo occidendi befreyet werden kan / wie nachtrücklich und mit beygefügten Grund bewähret

Hartmann. Pistor. *Observ.* 108. *n.* 3. & 4.

4. Da nun keiner von denen Zeugen sagen können / es habe P. Beklagter nach eröffneter Thür den Taglöhner zu Gesicht bekommen / und dann erst den Stoß auf ihn gethan / so entstehet dahero conjectura validissima & invincibilis, daß sothaner Stich mehr ohngefehr dem Defuncto zugestossen / als an Seiten des Rei mit Vorsatz vollbracht worden seye / ubi enim casus contingit, in quo homicida neminem deprehendit & proinde nulla ratione mortem alicujus secuturam esse cogitare potuit, animum occidendi inde colligi posse protinus impossibile est;

Carpzov. *dict. tr. part.* 1. *quæst.* 1. *n.* 62. *limit.* 1.

Eamque ob causam ex improviso quasi defunctum huic neci objectum fuisse dicendum, ceu in casu ferè non absimili authoritate Juris divini *Exod.* 21. *vers.* 13. judicarunt

Tubingenses apud Besoldum *cons.* 76. *n.* 1.

Bevorab

Bevorab da Drittens dolus sive animus occidendi, ceu terminus implicativus citra Subjecti alicujus passivi interventum ohnmöglich ausgeübet / und eine Rach-Begierde anderster nicht als wider einen vor Augen schwebenden Gegenpart vollstrecket werden kan. Sicut enim totum justitiæ munus extra se & in alterum operatur, ita injustitiæ quoque nævum nonnisi ad alterius perniciem directum esse in comperto est; 5.

L. 1. §. 2. ibi: alterius decipiendi causâ. de dol. mal.

§. 5. ibi: hominis occidendi causâ. Inst. de public. judic.

Mit welchem sich Vierdtens mehrers vereinbahret / was die vornehmste Rechts-Lehrer bedächtlich und vernünfftig pro limitatione bemercket / quòd tum demum operam dans rei illicitæ de eventu subsecuto teneatur, quando adest subjectum circa quod malitia operantis sese exserere potuit, adeò ut si tale præ oculis haud fuerit; per accidens magis quàm necessariò ex opere aliquo malum effectum esse secutum concludant, wie in terminis schliesset 6.

Carpzov. *dict. part. 1. quæst. 15. n. 25.*

Und thut hingegen Fünfftens keinen Eintrag / wann vorgeschirmet werden wollte / es giengen in einer bevorab eben eröffneter Behaußung die Leute so darinnen wohnen auf und ab / und hätte dahero Reus leichtlich dencken sollen / daß durch seine ungestümme Ausstoßung mit einem mördlichen Gewehr ohnschwehr jemand verletzet und am Leben beschädiget werden können / dann anitzo nicht zu gedencken / daß auch bey solcher Ausstoßung niemand zugegen seyn / und keine Gefahr dadurch erwachsen können / so wird eben aus diesem Einwurff der gründliche Schluß errichtet / daß Reus keinen animum occidendi vel vulnerandi certum subjectum gehabt / mithin kein dolosum & voluntarium homicidium begangen / sondern allein unvorsichtig mit dem Gewehr umgangen / und auf eine nicht vorsetzliche / sondern allein ungeschickte Ausstoßung verfallen seye / auch dergestalt nur allein culposi homicidii beschuldiget werden können / quando citra animum occidendi aut vulnerandi dolosum culpa solummodo adhibetur & debitam non adhibendo diligentiam mortis causâ præbetur, culpo- 7.

sum homicidium inde resultare dicitur, ceu apparet ex Nemesi Carolinâ, cujus verba hanc in rem illustrandam adduxit

Carpzov. *part. 1. quæst. 27. n. 8. & seqq.*

Nec satis est, hominem fuisse in culpâ ex eo quòd ad rixam devenit & percutiendo cum ense potuit cogitare, quòd homicidium sequi poterat, quoniam quando constat abfuisse directam interficiendi voluntatem, pœna ordinaria ex culpâ non infligitur, cùm directus demum occidendi animus dolum arguat, culpa autem tantum detegatur quando solum causa homicidio præbetur, verba sunt elegantissima apposita & solidissima

Joann. Vincentii Hondedæi *Cons. 104. n. 10. & 11. vol. 1.*

8. So gestalten Dingen und Umständen nach wird Sechstens ein jeder von selbsten ermeßen können / wie daß P. Beklagter einer so schwehren begangenen Ubelthat in dem formali homicidii voluntarii seinem facto gar nicht convenabel mit einem Rechts-Grund zumal nicht insimuliret werden können / in mehrerem Betracht / quòd voluntas & propositum factorum qualitatem distinguat;

L. 53. princ. de furtis.

cap. 54. X. de sentent. excommun.

nec facti absolutè ratio habeatur aut ejus eventus spectatur sed potius intentio & causa faciendi in decidendo utramque paginam faciat;

L. 1. §. 3. ad Leg. Cornel. de Sicar.

principali quippe causâ in effectum demum influente eumque saltem qui intenditur, haud verò alium atque diversum producente;

L. 5. princ. ad. L. Aquil. L. 4. princ. de reb. credit.

9. Ja es ist vielmehr Siebendens an deme / daß da ex ipsâ qualitate facti, cui saltem jus applicari est conveniens,

L. 52. §. 2. ibi: in causa jus esse positum. ad Leg. Aquil.

Kein böser und directè zu gefährlicher Verletzung angesehener Vorsatz vorhanden / dessen Beweißthum auch an Seiten Fiscalis ohnmüglich

müglich vollführet werden kan / dessen Anklage von selbsten zerfalle / Reo aber absolutoria sententia angedeyen müße / cùm enim probatio doli in causis criminalibus substantiam judicii ingrediatur, ceu concludit

Guazzinus *dict. tract. def. 45. cap. 4. n. 2.*

Institutam accusationem ex hujus defectu concidere est necesse, cùm exilium probationis exilium causæ secum trahat;

Fulvius Pacianus *tract. de Probat. lib. 1. cap. 5. n. 5.*

& ante probationem legitimè perfectam & consummatam damnari vel judicari possit ac debeat;

can. 10. caus. 30. quæst. 5.

eò magis quo in causis criminalibus tanquam summè arduis probationibus luce meridianâ clarioribus defungi debere jura efflagitent;

L. ult. C. de probat.

Wann man Achtens diesen so einleichtenden Umständen auch ferner diesen beyfüget / daß P. Beklagter mit dem Entleibten vorhero in keiner Kundschafft gestanden / mithin kein Veranlaßung zu einem Widerwillen / Ungunst und Feindseligkeit zwischen beyden entstehen können / so wird das Urtheil sich selbsten ergeben / daß nicht durch ein böses Vornehmen des Angeklagten / sondern vielmehr durch eine ohngefährliche Zufälligkeit dieser verunglücket worden seye; si enim rixa inopinata doli insimulationem protinus excludit, ceu probatissimi JCti uno ore ingeminant, 10.

ad. *L. 1. §. 3. ad L. Cornel. de sicar.*

add. Farinac. *lib. 1. cons. 67. in addit. sub lit. A.*

Peguerus *decis. crimin. 14. n. 15.*

multò minus in præsenti facto, ubi ne minima quidem inter reum & defunctum intercessit rixa, sed hic ex improviso morti objectus fuit, doli præsumptio locum habere poterit, præcipuè cùm citra alicujus facti qualitatem occasio inferendi dolum haudquaquam capi possit;

L. 10. C. de rescind. vendit.

Atque ita punctualiter consulendo pronunciasse Tubingenses refert,

Besoldus *cons. 76. n. 1. 2. & seqq.*

parique suffragio respondisse deprehenditur

Matthæ. Wesenb. *Cons. 156. n. 11. part. 4.*

11. Es bleibet auch hierbey nicht / sondern veranlaßet überdiß und zum Neundten eine weitere Consideration, daß Reus mit einer übermäßigen Trunckenheit beladen / und gleich einem toll- und rasenden Menschen anzusehen gewesen / auch dahero kein Wunder / daß er die Fenster eingeschlagen / mit bloßen Degen getantzet / und von niemanden sich halten laßen wollen / wie solche unsinnige Bezeigungen Testis 1. 2. & quintus besonders verkundschafftet haben / da nun ausfündigen Rechtens / quòd ebrietas immodica omnem voluntatem & consensum auferat,

can. 9. caus. 15. quæst. 1.

eò quòd tali obrutus dementi ac furioso non absimilis reputetur.

L. 4. ubi Interpp. de R. J.

so wird von Beywohnung eines bösen Vorsatzes nicht die geringste Meldung geschehen können / wie in Terminis bewähret

Andræas Tiraquellus *de pœn. temper. caus. 6. n. 1. & seqq.*

12. In welcher Absicht dann auch Jura Canonica bemercksam lehren / quòd Judices sapientes facta per ebrietatem enormem ob concomitans mentis exilium admissa concessione veniæ digna existiment

in *can. 7. dict. caus. 15. quæst. 1.*

13. Und in Jure Civili ist in specie de militibus heylsamlich versehen / quòd iis per vinum lapsis capitalis pœna remitti debeat, wie zu sehen

in *L. 6. §. 7. in. fin. de re milit.*

14. So ist auch hieran destoweniger zu zweifflen / quia tralatitii juris est, quòd excessiva ebrietas ex sermonibus, gestibus, gesticulationibus aliisve actibus minus concruis judicari possit, & testibus etiam de his deponentibus plena fides sit habenda,

Carpzov. *Jurispr. forens. part. 2. const. 15. def. 36. n. 6.*

15. Ob dann gleich Zehendens testis tertius & quartus diese starcke

Berau-

Berauschung nicht schlechter Dings bejahen / sondern dubitativè davon deponiren wollen / so benimbt doch deren Aussage voriger Zeugen-Deposition im geringsten nichts / testes siquidem allegati numero tres ceteris tanquam duobus & paucioribus sunt præferendi,

cap. 32. X. de testib.

Vultej. *Cons. Marp. 30. n. 14. vol. 2.*

eò magis quo testibus pro circumstantiis delicti exclusivis, deponentibus magis quàm aliis, qui secus testantur, sit credendum,

Hondedæus *Cons. 102. n. 39. & seq. vol. 1.*

Manzius *special. in Jur. Commun. loc. defensionis favor. n. 18.*

in tantum ut ea, quæ ad defendendam rei innocentiam faciunt, per unum quoque testem probari possint & semiplena probatio in plenam degeneret, ceu doctè scribit

Cardinal. Tusch. *lit. F. conclus. 256. n. 11.*

Noch mehreren Nachtruck erlanget auch rei exculpatio Eilfftens da- 16.
hero / daß man bey seinem verspürten übermäßigen Trunck die Haus-Thür vor ihme zugeschlagen und solchen dadurch zu mehrerem Unsinn / Verbitterung und Zorn gereitzet / quando autem delinquens ad iram fuit concitatus, offensus & quasi provocatus, tum animus occidendi prorsus exulat;

Aymon Cravetta *Consil. 451. n. 3.*

Carpz. *Pr. Crim. p. 3. quæst. 147. n. 55.*

cùm iram ejusmodi continere cumprimis militi sit difficile;

L. 38. §. 8. ad Leg. Cornel. de sicar.

Woran hiesigen Falls nicht der geringste Zweiffel übrig bleibet / da Reus 17.
in instanti und sobald nach beschehener Irritation und empfundenen Zorn den Mord-Stich verrichtet / quando autem durante adhuc dolore & concitatione cædes insecuta fuit, propositi mali conjectura haudquaquam capi solet, uti eleganter & doctè tradit

Lauterbach. *dissert. de Irâ th. 64. n. 1.*

Welche sämtliche concurrentien Zwölfftens im gegenwärtigen Fall 18.
um so viel mehr erheben / da juxta conformitatem attestatorum der P. Beklagte jederzeit einen untadelhafften Wandel geführet / und ehe-

dessen

dessen mit übermäßiger Füllerey sich zu beladen gar nicht geneigt gewesen / bona autem fama & inculpata vita etiam in militis personâ summoperè attendenda, ita ut anteactæ vitæ testimonium maximum lenitudinis argumentum præbeat, ceu comprobat

Arrius Menander *in L. 5. princ. de re milit.*

Atque hanc circumstantiam etiam in praxi haud negligendam sed accuratè observandam esse cum citatis monuit

Hondedæus *Cons. 104. n. 27. vol. 1.*

19. So ist auch Dreyzehendens ausfündigen Rechtens / quod doli & delicti præsumptio in dubio haud capiatur, sed ea potius interpretatio, per quam dolus excluditur, præferatur,

Ruinus *Cons. 1. n. 3. vol. 1.*

præcipuè cùm etiam dolum præsumptum contraria præsumptiva probatio, cujus vestigia hactenus luculenter commonstrata, excludat

Tabor. Barbos. *locupl. tit. 4. cap. 44. ax. 4.*

20. Neben dem descendiren die Rechts-Lehrer Vierzehendens und beschließlich auf dieses bemerckſame brocardicum, quod quando capi potest conjectura delicti & non delicti, semper capi debeat sensus, per quem quis non cadit in delictum, uti magno Doctorum adducto catalogo roborat

Mascard. *de Probat. concl. 865. n. 30.*

cumprimis cùm pro innocentiâ demonstranda etiam qualesquales probationes sufficiant,

Carpz. *part. 1. quæst. 33. n. 47.*

& Judex intentus esse debeat, ne ullâ ratione innocentia rei offendiculum capiat;

Cardin. Tusch. *lit. T. concl. 256. n. 10.*

Und daß dieses meine Rechtliche Meynung seye / habe ich solches / Falls sich die Sache vorbrachter massen verhält / und keine andere Umstände mit unterlauffen / mit meiner eigenhändigen Unterschrifft beurkunden wollen.

INDEX

INDEX
RERUM ET VERBORUM LOCUPLETISSIMUS.

A.

Abrogatio.

Ad abrogationem Legis universalis ist die verhaste Observanz etlicher Oerter nicht genug / sondern alle Provincien müssen in die Abschaffung eines allgemeinen Gesetzes consentiren. Pag. 30

Abusus

Dominii, patriæ potestatis & omnis juris verdient amissionem Juris, oder wer sein Recht mißbraucht / verliert dasselbe. 628

Acta

Notorium inducunt, was Acten kündig / braucht keines Beweises per Testes oder Instrumenta, es mögen Judicial oder Extra judicial Acta seyn. 71

Actorum Editio mag denen litigirenden Partheyen zu ihrer Nachricht und ob commune Interesse geschehen. 191. 193

Actio, Klag.

Actionis fundamentum, si deficit, fällt alles über den Hauffen / was darauf gesetzet wird. 61

Sine Actione soll niemand in Judicio erscheinen oder verurtheilet werden. 518. 522

Actio personalis, die aus dem Contract oder Delicto entspringt / wird nicht (1) wider den Tertium angestellt / sondern wider den agiret ad interesse, mit dem man contrahiret. 94. 97. 100, quia pacta personam afficiunt. 97. vel etiam (2) contra heredes ex delicto, es sey dann daß an die Erben von den Delinquenten etwas gekommen. 220

Actiones rei persecutoriæ & pœnales mögen gar wohl in uno libello conjungiret werden / weil sie ad diversa abzielen / massen jene rem, diese aber pœnam persequiren. 634

Actio injuriarum wird ob favorem matrimonii gegen Eheleut nicht angestellt / auch sonst keine andere famosa actio verstattet. 633

Actiones passivæ, ausstehende Schulden betreffend / sind nicht so wohl in Bonis des Debitoris, als Creditoris,

toris, welcher solche Actiones einem andern abtretten oder cediren kan. 315

Actor.

Actore non probante, muß der Beklagte Klagloß gestellt werden. 408. 425

Actor und Reus quoad punctum probationis æquiparantur, wie der Kläger seine Intention beweisen muß / also der Beklagte seine vorgeschützte Exception 425

Actor temere litigans wird zur Straf seines temerarii litigii in die verursachte Procefs-Kosten condemniret. 426

Actus

Non debet operari ultra intentionem agentium, p. 83. 328. 297. man kan keinen zu etwas mehrers obligiren / als er zu thun gewillet war. 894

von einen jeden wird præsumiret / daß er lieber den Actum vollziehen wollen / als unvollkommen liegen lassen. p. 791

ist der vorhergehende Actus gültig / so muß der nachfolgende auch gelten / p. 470. weil von den vergangenen Actu gar recht geschlossen werden kan auf den gegenwärtigen und zukünfftigen. 572

Gerichtl. Actus werden expediret sumtibus des jenigen / welcher solche verlanget. Z. E. wer fremde Zeugen abhören lassen will / muß die Amts-Gebühren davon entrichten. 191. 194

quamdiu aliquid superest ad agendum kan nicht gesaget werden / daß der Actus vollkomen / wann absonderlich ein Essential-Stück noch abgehet. 380. 714

de validitate actus zu disputiren ist umsonst / wann der actus in Rechten verbotten. 769

voluntarii mögen geschehen oder unterlassen werden. 594

meræ facultatis naturalis ziehen kein Recht nach sich / p. 694. nisi per pactum adjectum sit verbum Solln quod inducit firmam necessitatem 868. *vid. Res meræ facult. natural.*

Accrescendi Jus

das Anwachsungs-Recht hat nur vor angetrettener und acquirirter Erbschafft statt / nachgehends aber werden die Bona hereditaria ein eigen Patrimonium des Erben. 254

Aditio

Hereditatis obligiret die Erben ex quasi Contractu, daß er vor des verstorbenen Person / deme er succediret / hafften muß. p. 227. etiamsi pupillus sit. 656

die Antrettung der Erbschafft wird præsumiret / wann di Kinder nach der Eltern Tod die Bono hereditaria occupiren / administriren / und die Nutzung daraus percipiren. 501

Administrator

muß Constituentem vor seinen Herrn agnosciren / ihme Rechnung thun / und rationes verificirẽ / auch was er eingenommen / ihme restituiren. p. 76. 80. 902. sine interpellatione, freywillig. 903. ingleichen des Administratoris Erben und Successores. 895

Æs alienum oder *Passiv*-Schulden

Eheleut sind nicht schuldig / die jenige Schulden voreinander zu bezahlen / die vor der Ehe gemacht worden / sondern werden bezahlt von den Bonis dessen / der sie gemacht hat. 366

daß Kinder vor ihre Eltern / pro conservanda famâ & existimatione eorum, Schulden bezahlen sollen / ist zwar in Rechten nicht gebotten / doch aber billig. 507

Æquitas.

In paribus causis erfordert die Billichkeit gleiches Recht. 151. 167

Alienatio

So sonst der effectus Dominii ist / wird verhindert (1) propter inhabilitatem personarum, so distrahiren / ut sunt minores, prodigi, & similes, vel (2) ob rerum exemtionem, als die nicht können veräussert werden / vel (3) propter Statutum prohibitivum, welches unbewegliche Güter Ausländischin zu verkauffen verbietet. 24

Alienatio, welche geschicht / dem Gerichts-Zwang sich zu entziehen / ist null und nichtig / weil es nur angesehen ist / den Actorem in zwey Judiciis zu fatigiren. 317

Alienatio rerum, quæ minorum sunt, kan nicht bestehen / wann von denen Requisitis legalibus, die sonsten erfordert werden / eines abgehet / obschon pro Judicis facto sonsten præsumiret wird. 834

Animal.

Wann ein gekaufftes Vieh intra triduum stirbt / wird præsumiret / es seye an einen innerlichen vor den Kauff grhabten unheilbaren Schaden gestorben. 188

Antecedens

qui vult & consequens esse censetur. Das folgt nicht / wer sich der Erbschafft anmasset / Schulden eintreibt / daß der jenige muß Erb seyn / sondern er muß mit ausdrücklichen Worten declariren / daß er Erbe seyn wolle. 440. *vid. Consensus.*

Antichresis.

Ist ein pactum, wann dem Creditori der usus pignoris loco usurarum permittiret wird / quod licet ob incertitudinem fructuum ratione quantitatis & æstimationis, welches des Judicis arbitrio überlassen

lassen wird / ob der excessus fructuum modicus oder immodicus ist. 515

Antiquitas

Hat notabilia privilegia, es werden (1) leviores probationes admittiret / (2) wird der defectus solennium suppliret. 565. 566. 567. (3) gilt das Alterthum vor ein Gesetz. 557. (4) est optima interpres (5) antiqua possessio habet vim privilegii & legitimæ concessionis & Instrumenti publici. ibid.

Appellatio

deserta censetur, wann (1) Appellant intra Tempora præstituta, nemlich binnen einen Jahr / oder 2. Jahr selbe nicht prosequiret. p. 279. Lim. modo accedat accusatio partis & declaratio Judicis. 280 (2) wann der Judex except. desertæ appellat. nicht rejiciret. 294

Appellationis Fatalia non currunt, wann die Gravamina successiva oder nach und nach erst folgen. 281

Arbitrium.

Was die Recht specifice nicht determiniren / das wird des Richters Gutachten zu determiniren überlassen. 515

Archivum

Ist eine Schrancken / worinnen die Brieffliche Urkunden/Brieffschafften / und Acta Judicialia, was vor Gericht oder bey der Regierung vorgefallen / zum ewigen Gedächtnus beybehalten werden. 559

Archivi Jus habent Principes & Status Imperii welche ihren absonderlichen Archivarium halten. 558

Argumentum

à contrario sensu der Schluß von den Gegensatz ist der bündigste / wann nur die Rechte nicht entgegen stehen. 95. 627

à toto ad partem valet, non viceversa. 196. & 577

à Fideicommissis ad feuda, & vice versa, wie in dem Fideicommiss die nechsten Anverwandten succediren / also auch in den Lehen. Wie fideicommissa nicht können alieniret werden / also auch keine feuda. 844. vid. successio.

ab ultimis voluntatibus ad pacta & contractus. Doch mit diesen mercksamen Unterschied / daß plenior interpretatio in jenen / als in diesen verstattet wird. 847

Argumentum præsuppositis terminis habilibus procedit, nicht aber wann es in einen und andern Fall seinen Abfall leidet. 876

Artifices.

Künstler sind von einander unterschieden / wie nach der Kunst und Geschicklichkeit / also auch nach den Sitten / Fleiß und Treu. 615

Articuli

Reprobatoriales werden zum Gegenbeweiß nicht mehr angenommen / (1) post publicata Atteſtata und Eröffnung der Zeugen Auſſagen / aus Beyſorge / es mögten falſche Zeugen suborniret werden. (2) Non poſt lapſum terminum probatorium, wann der anberaumte Termin verfloſſen / quia eſt peremtorius. 197. 198

Neque in prima Inſtantia neque in ſecunda Inſtantia. 200

Limitatur, es ſeye dann / daß bewieſen würde / daß der Zeugen Auſſagen gantz falſch.

Attentata

Werden revociret per mandata ſine clauſula, wann entweder der Richter pendente appellatione etwas vornimmt / oder der Actor pendente lite poſſeſſionem ergreifft. 655. 725

B.

Beneficium

Reſtitutionis in integrum competit minoribus denen Minderjährigen / wann ſie dociren können / daß ſie etwas eingebüſſet und folgbar lædiret worden ſind. 228. 233. 288. denen Majoribus 25. annis, wann ſie de damno vitando certiren. 215

Non datur poſt quadriennium, ſo von der Majorennität oder den 25. Jahr an gerechnet wird. 223. Oder / wann offenbahrlich erſcheinet / daß die Reſtitutio geſuchet worden wider einen ſolchen / der ein beſſer Recht hat. 300. Am allerwenigſten hat es ſtatt nach Ablauff 30. oder 40. Jahren. 237

L. 2. *Cod. de Reſcind. Vendit.* datur in Caſu læſionis ultradimidiales. 234 und wird alternativè die Petitio eingerichtet / daß der Käuffer entweder ſuppliren muß / was dem rechten Werth der verkaufften Wahr abgehet / oder aber leiden / daß der Kauff reſcindiret werde. ibid.

Ordinis ſive Excuſſionis hat ein Bürg oder Fidejuſſor, daß man zu erſt den debitorem principalem belange / der principaliter obligirt iſt / und welchen der Nutzen des negotii zugefallen / er habe ſich denn dieſes Beneficii wohlbedächtig verziehen. 452

SCti Vellejani competiret denen Weibs-Perſonen / daß ſie wegen geleiſteter Bürgſchafft civiliter & cum effectu nicht belanget werden können. 389. es ſey dann / daß ſie von einem Notario verſtändiget / was das SCtum Vellejanum vor ein Weibliches Beneficium ſeye / zu was End eingeführt. u. ſ. m. demſelben jurato renunciret hätten. 715

Bona

Dotalia non præſumuntur. 633. wann ein Weib ihrem Mann den

den Genuß aller ihrer Gütter überläßt, ohne daß sie ausdrücklich meldet / daß die Gütter / als ein Heyrath-Gut zugebracht würden / so bleiben sie Paraphernal-Gütter / und sind kein Dotal-Gut. ibid.
emphyteutica können alieniret und sonsten freyer mit denselben geschaltet werden. 469
Ecclesiæ & minorum quoad alienationem æquiparantur, daß beede können alieniret werden / jene wegen offenbahren Nutzens; diese nothdringender Schulden halben. 833
Familiæ, Geschlechts- und Stamm-Gütter können von den successoribus proximis revociret werden / wann sie in extraneos extra familiam sind alieniret worden. 91
acquisita constante matrimonio, kommen præsumptivé von den Fleiß des Manns und nicht des Weibs her. 878

C.

Causa

hereditatis dividendæ entspringet aus dem Erb-Recht / oder Jure hereditario, divisionis rescindendæ aus der Læsione ultradimidiali p. 310. Utraque ad diversos fines tendit & ex diversis principiis oritur. 311
Concurrente Causa, quæ prodest, cum illa, quæ prodest, attenditur. 22.
Petitorii trahit ad se Possessorium, wer in Judicio petitorio obtinuit, dem kan die Possessio nicht versaget werden. 571
in paribus causis erfordert die Billigkeit gleiche Rechts-Verordnung. 151
feudales causæ könen öffters zum grossen Præjudiz gereichen / mithin unter die schwehrsteu mit zu zehlen. 488
in Causis & Rationibns bestehet das innwendige eines Negotii. 497
in Causa Propria soll niemand sich oder den seinigen recht sprechen 512 excepto Juramento Judiciali, quo adversarium Testem & Judicem in propria causa constituimus. 888
Causa Possessionis hat keine Gemeinschafft mit den Eigenthums-Recht 291

Cautio.

Durch Bürgen / ist mißlich / aber ein Unterpfand oder Special-Hypothec fast besser. 299

Cessio oder Abtrettung eines Rechts.

Non transfert jus sed exercitium juris. Daher ein Cessionarius oder Procurator in rem suam agit, nomine cedentis. 17. Folgbar wann der Cedens kein Jus hat / bekommt der Cessionarius auch keines. 44. 75
Denunciari debet Debitori cesso damit er nicht dem jenigen die Zahlung leiste / dem er Anfangs obligiret /

giret / sondern ihm dem Cessionario selbst. 17
Was in rebus corporalibus die traditio, das ist in rebus incorporalibus cessio oder Jura cediret / mann dingliche Sachen werden tradiret. 47
Est species alienationis, wer ein Recht einem andern abtritt / thut nichts anderst als sein Recht veralieniren. ibid.

Clausula

Codicillaris omni meliori modo, non sanat vitium præteritionis liberorum, quamvis defectum solennium 268. 344. vid. formul. hujus saluberrimæ Clausulæ *sub voce Fideicommissa.*
Subintelligitur ob singularem favorem in Testamentis parentum inter liberos. 802
Clausula accessoria bekommt seine Erläuterung von dem Negotio, welches verrichtet worden. 741

Concessio

Omnis censetur facto, præsuppositis terminis habilibus, so wie sichs wird thun lassen. 173
In quavis Concessione muß Principis Superioritas Territorialis und Hoheit ausgenommen werden. ibid.
In dubio potius allodialis quam feudalis præsumi solet. 465

Concursus

Creditorum jus possessionis semel obtentum non aufert, neque innovationem inducit. 642
In Concursu Creditoribus solvitur nach ihren Vorgang und Nachgang. ibid.

Conditio.

Was sub conditione versprochen wird / verhindert nativitatem obligationis, so lang die conditio nicht erfüllt ist. 380

Condominium

Territoriorum ad omnes pertinet, wo viel Herrschafften eines Landes oder Gebiets / da kan nichts beständiges beschlossen werden / ohne der andern aller ihre Einwilligung. 598

Confessio.

Propria est superlativa, ut vocant Interpretes, probatio, & rem notoriam facit. 337. 572. sicut evidentia rei & ocularis inspectio. 886

Confirmatio.

Actus vitiosi, cui accedit, non valet. Wann der Actus nichts gilt / kan die confirmatio accessoria ebenmäßig nicht gelten. 344. 565

Cognitio

Caussæ omissa censetur, wann weder die Wahrheit untersuchet / noch die Gerechtigkeit erforschet / auch nicht bedacht wird / was zu den Frommen des Klägers / noch zur Vertheidigung

theidigung des Beklagten gehöret. 284. 445

Pro causæ cognitione ist nicht genug/ wann der Judex den m. f. Possessorem citiret / nach der Ursach seiner Possession fraget / sondern er muß alles genausichtig und sorgfältig überlegen / was vor seinen Amt verhandelt worden. 286

Collegia

illicita sunt alle die jenige / welche nicht von den Superiore confirmiret worden sind / dörffen auch keine Statuta machen / und werden im Lande nicht lang erdultet. 600. 604

Collegia erigendi jus wird vor ein hohes Regal geschätzet / 601. mithin denen Unterthanen pro lubitu Zünffte aufzurichten nicht frey stehet. 604

Was einen und andern Collegio zukommt / kan von keinen andern Collegio ebenmäßig vindiciret werden. 601. und dieses ad confusionem personarum & officiorum evitandam. ibid.

Collegia Opificum sind ein Aufnahm des gemeinen Wesens / ja des gantzen Landes. 612. 615

Collegio Illustrium Personarum creditur, weil die fürtreffliche Gesandten und Botschaffter ihren hohen Principalen nichts werden vortragen / als was wahrhafftig in der Versammlung concludiret worden. 755

Communio.

In Communione permanere nemo cogitur, (1) wegen der Uneinigkeit (2) ob Vitium negligentiæ, nach den Sprichwort / viel Hirten / übel gehütet. 10

Consensus

ist die Essentia Generica, ja die Seel aller Contractuum, obschon nicht alle Obligationes solo Consensu ihre Vollkommenheit bekommen. 32. 374

in præjudicialibus expresse vel tacite declaratus requiritur. 375. in wichtigen Sachen muß der Consensus verbis ausgedrücket werden. 898

Correlata

sunt Vasallus & Dominus, Feudum & subfeudum, und was in einen disponiret wird / das kan convenienter auf das andere auch gezogen werden. 146. 156. & 746

Onus & lucrum, man kan kein lucrum rechnen / man muß vorhero den Schaden abziehen. 812

Compensatio

Vicem habet solutionis, compensatio ist gute Bezahlung. 369. 443. geschicht zwischen den Debitorem und Creditorem in mutuo debito, non in alieno debito nec in præjudicium Tertii. 370

Constitutum

Possessorium ist / wann der Debitor verspricht /

verspricht / daß in Casu unterlassener Zahlung auf bestimmten Termin, das verpfändete Gut in seinen des Creditoris Nahmen wolle besitzen / wird dadurch per fictionem Juris natural. & Civilis possessio an den Creditoren gebracht. 637. 640. 641

Es ist aber zu erinnern / daß diese Clausul constituti Possessorii von denen Notariis vielmalen unschicklich ex Consuetudine beygerucket wird. 639

quatenus est pactum prætorium bedeutet es so viel / daß wer zweymal in Ernst etwas zusaget / muß hernach solches leisten (constituere est denuo promittere) 657. 718

Conjuncti

brauchen kein Mandatum procuratorium sondern werden intuitu necessitudinis ad agendum sine mandato admittiret / doch müssen sie caviren de rato, daß ihr Anverwandter alles werde genehm halten. 13

Contractus

Principum civiles obligant Principes Jure Gentium, sicut Jure communi privatos. 290. Ratio. (1) weil ein Fürst zwar legibus civilibus positivis solutus ist / aber nicht naturalibus & Juris Gentium. (2) quia Princeps est mutuæ fidei assertor & Vindex.

à Contractu abzuweichen ist nicht erlaubt / wann der andere nicht darein consentiret. 100

omnis Contractus schliesset sich zusammen per Consensum duorum simultaneum. 741

differunt à nudis tractatibus, es sey dañ daß sie in ein negotium perfectum erwachsen / oder der andere Theil das Negotium acceptiret / oder ein Instrument darüber ausgehändiget. 9

quilibet contraxisse præsumitur suo nomine potius quam Alieno. 30

Contractus legem ponit, was aufrichtig geschlossen worden / muß heilig gehalten werden. 25

quicquid Juris in Contractu principali, eben das muß auch obtiniren in accessorio, quod suum principale sequitur. 379

Contumacia.

Man muß keinen höher straffen / als sein Ungehorsam und Contumacia verdient hat. 108

D.

Damnum.

Den Schaden / so ei[illegible] aus seinen Verschulden empfindet / ist morali æstimatione vor keinen Schaden zu achten. 61

Wer den Schaden hat / dem gehört auch der Profit zu. 82

Dare

Heist das Dominium transferre, gleichwie tradere, possessionem transferre, bedeut. 332

Debitor

Kan in præjudicium seiner Creditorum nicht paciscren noch ein Passiv-Schuld cediren / damit nicht durch solchen Substitutum entweder ein durior Adversarius obtrudiret werde / oder der Kläger in zweyen Judiciis fatigiret. 317

Decretum

Judicis wird interponirt in alienationibus derer prædiorum / so denen Minoribus zugehörig / welche nothdringender Schulden halben oder zum Nutzen distrahiret werden. 822

was der Judex ohne vorhergehende Untersuchung decerniret / ist ein nudum præceptum das keine Rechts-Krafft in sich hält. 284

obschon sonsten von einem Judice præsumiret wird/daß er überall Rechtl. Art nach und Justiz mäßig verfahren. 232. *vid. Facta.*

Delegatio

ist / wann des Debitoris Persohn verändert wird / und kan nicht geschehen / wann der Creditor nicht consentiret 320 wird auch weder der Delegans noch sein Fidejussor eher liberiret. ibid. die Cessio aber / wann des Creditoris Persohn verändert wird/ mag geschehen/ wann gleich der Debitor nicht consenriret. ibid.

Depositum Juris, Eine Gerichtliche Hinterlegung

Ist ein solcher Actus, da die Schuld dem Glaubiger angebotten worden/ von selbigem aber nicht angenommen / hinter das Amt geleget wird / zu dem End / daß der Debitor von seiner Obligation los kommt. 52

Descendentes.

Durch die Descendenten werden alle Kinder verstanden/es mögen Söhne oder Töchter seyn / oder Enckel / in der Vätterlichen Gewalt / oder nicht. 657

Detractio

Duplicis Quartæ an liberis competat, disquiritur? Oder / ob ein Sohn / welcher gebetten worden / die Erbschafft zu restituiren / begehren könne / als ein Sohn seine Legitimam pro debito naturæ, und als ein Erb seine Trebellianicam, pro facto aditionis & Restitutionis, welches nach den Päbstlichen Recht zu affirmiren *c. 16 18. X. de testam.* doch werden solche Quartæ nicht zu einer Zeit detrahirt / sondern die Legitima nach des Vatters Tod / die Trebell. wann die conditio sich ereignet /

net / wäre es aber ein purum fideicommissum, so ist erlaubt zu einer abzuziehen duplic. Quartam. 753. seqq.

Die Abziehung der Quartæ wird nit aufgehoben / es sey dann / daß der Testator solche abzuziehen expresse verbotten. 762

Idem affirmandum est de Ascendentibus, was von denen Descendentibus oder Kindern gesagt worden / ex natura correlatorum. ibid.

Dispositio

omnis intelligitur; Rebus sic stantibus, so lang sichs thun läst. 147. 643. Fallit in actu duorum voluntate firmato. ibid.

In omni dispositione recurri solet ad causam finalem, weßwegen eine Sach geschicht / und woraus man die Gemüths-Meynung colligiren kan. 740

De Altero Tanto leidet seinen Abfall in casu, da man seine Interesse fordert / das Interesse aber kan das Alterum Tantum überschreiten. 783

Limitata limitatum producit effectum was unter gewisser Bedingung verstattet wird / muß unter eben dieser Bedingung angenommen werden. 617

Modificata, non nisi modo impleto, verificatur. 753

Favorabilis est, welcher absiehet auf die Erhaltung der familiæ und die Theilung der Provincien ausschliest 497

In omni dispositione, verba aliquid operari debent. 722. 742. cùm nemo actum frustratorium celebrare voluisse censeatur. ibid.

Dispositum in uno censeatur etiam dispositum in altero. 719. Oder wie es sonst insgemein heist: Ubi eadem militat Ratio, ibi eadem Juris dispositio. 872

C.

Dolus

Præsumitur contra eum, der mit des andern Schaden seinen Vortheil suchet. 213

Item ex falsa persuasione welche vim coactionis in sich begreifft. ibid.

ex enormissima læsione. 218

in illicitis. 317. 319

non in iis, was offentlich geschicht / und in Beysyn personarum publicarum. 225. 228. eines Richters oder Notarii. 339

Dolus & malitia sollen niemand Nutzen bringen. 423

Doli actio wird nicht gegeben contra heredes delinquentis, 220. *vid. actio personalis.*

Dolo petitur id, was man gleich wieder restituiren muß und nicht behalten kan. 521

à Dolo quælibet causa, etiam fatua, excusat. 293

Domicilium

mutatum censetur, wann jemand von einem Ort zum andern zieht / auch seine meinste Sachen dorthin transferiret. 329. nisi ex necessitate urgente compulsus id fecit. 342

Dominium

cum usufructu consolidatum heist man plenam proprietatem. 336

directum superius penes dominum infeudantem, dominium directum inferius penes vasallum subinfeudantem remanet. 126. 132

Utile in vasallos & subvasallos transit. ibid. sed resoluto Jure dantis resolvitur jus accipientis. 158. wann zum Beyspiel der vasallus rem feudalem ut feudalem locaret ad quinquennium, stirbt aber 2. Jahr nach der Belehnung / so kan der conductor von dem Lehenherrn nit prætendiren/ daß er die Zeit aushalte/ weil des Vasalli Recht verloschen ist. ib.

Vigore Dominii directi vasallus præstat juramentum fidelitatis & renovationem investituræ petit binnen Jahr und Tag de stricto jure, sed ex æquitate binnen Jahr und ein Monat. 125. 127

Dominii proprium est alienare und von seinen rebus patrimonialibus & allodialibus nach Gefallen disponiren könne. 94. 265. 266. etiam ad abusum. 154

Das Dominium rerum hereditariarum gebt denen Kindern nach der Eltern Tod zu / welches sie bey Lebzeiten der Eltern nur in Hoffnung hatten. 127. 492. 507

Das Dominium rei venditæ überkommt der Emtor si pretium solutum. 28. 38. *vid. emt. vendit.* vel fides habita de pretio solvendo, i. e. remissa sit necessitas in præsens solvendi. 825

Dominium non transit nudis pactis, sed traditione rerum. 57

In dominii quæstione potior ille habetur, cui possessio tradita. 18. 57. Sola Instrumenti traditio non sufficit ad possessionis translationem. 55

Donatio

Mortis causa est, si mentio mortis fit causaliter auf den Todes-Fall gerichtet / inter vivos donatio est, quando fit mentio mortis in executione. 245. 334

In dubio præsumitur potius inter vivos, quam mortis causa donatio. 245. weil die erste stärcker / die andere aber gar leicht aufgehebt werden kan. 245

Donatio omnium Bonorum subsistit, wann die Legitima liberorum verletzt worden. 217

Remuneratoria censetur, quæ intuitu meritorum fit, licet post mortem suspendat. 245. quia dispositiones remuneratoriæ favorabiles etiam in stricta materia extensionem admittunt. 251

Donatio inter conjuges Schenckungen unter Eheleuten non valet, quia amor non debet esse venalis, nec conjux conjugem reddere pauperiorem. 689

Dos

ab extraneo constituta censetur donata, wann er sich nicht gleich Anfangs dessen Restit. stipuliret. 340
sine Nuptiis esse non potest, weil das Heyrath-Gut ob onera matrimonii gegeben wird / kan zwar Matrimonium sine dote bestehen / aber nicht dos sine matrimonio. 691
Dotis nomine werden nicht nur Ehe-Gelder verstanden / sondern auch expensæ Nuptiales Geschenck und Kleider. 691
Dotis titulus est Dominii translativus. 339
Dotis lucro privari potest Filia, ex causa ingratitudinis, ex qua potest exhæredari. 328. 341
sapit speciem Donationis ob causam, si nuptiæ sequantur, & contractus onerosi, qui revocari nequit, quia dos datur non saltem intuitu conjugum sed & Liberorum. 341

Dotalitium

ist ein solches Recht / davon den Mann auf den vorsterb Fall jährliche Reditus aus den Güttern zum Unterhalt der Wittwe angewiesen worden. 473
pro onere feudali agnoscendum & licet morte viduæ extinguatur, sicut ususfructus, kan der letzte Heres die reditus Dotalitios non solutos exigiren. 475
ubi tum per Consuetudines locorum requiritur consensus Domini feudalis & Agnatorum. 455
Dotalitium qualificatum bestehet in vierfachen Zinßen / nemlich utriusque Summæ, Dotis & donat. propter Nuptias & absorbet dotis petitionem. 475
non autem simplex. ibid.

Dubitans

Æquiparatur ignoranti & qui dubitat à calumnia liber esse censetur, & fructibus perceptis non redditur obnoxius. 109. & bonæ fidei emtor esse videtur. ibid.

E.

Emtio venditio

non potest esse sine re & pretio: Utrumque enim est pars consecutiva ad effectum agendi. 29. 37. 45.
Qui pluribus eandem rem vendit, secundo Emtori tenetur ad interesse & convenitur vel ex crimine falsi, vel stellionatus. 34. Hingegen hat der erste Käuffer propter traditionem ein stärckers Recht. 18. 57.
non ad rem tradendam, quia idem corpus non potest sæpius præstari. 34

Emtionis venditionis Anima est consensus, ubi agitur de contractu ineundo, sed ad contractus consensual. perfection. solus consensus requiritur & præter consensum nihil. 31

wird nicht aufgehoben / daß einen des Handels gereuet / oder daß der Emptor mit Bezahlung des Kauff-Pretii nicht zugehalten. 11

Emtionis Venditionis partes substantiales sunt Consensus, Merx & pretium, ad implementum consecutivum verò pertinet traditio. 3. vera vel ficta, gehet eines von diesen partibus substantialibus ab / vergehet zugleich der Contractus. 31. Limit. nisi fides sit habita vel terminus solutioni adjectus. 35

Emphyteusis

Inducitur, wann ein jährlicher Canon in Recognitionem Dominii præstatur & pœna caducitat. reserviret wird in casum contraventionis, tametsi locationis mentio facta fuerit. 465

differt à feudo (1) quia in feudo non Canon præstatur, sed servitia & in casu Felon æ commissæ non ad Dominum, sed ad proximos agnatos pertinet. ibid. Bona Emphiteutica liberiori dispositioni subjacent & alienari possunt. 469

Epistola

Ante acceptationem Epistolæ nulla contra scribentem nascitur obligatio, quia per hanc demum coalescit consensus duorum *simultaneus*. 375. 378

Error

Hominis non vitiat negotium, si de ipsa re constet. 333

Exceptio

est species defensionis, per consequens æquitate naturali nititur. 75. 319. Niemand kan seine Defension benommen werden / daher ein jeder Beklagter gehöret werden muß / und wäre es ein famosus Latro. ibid.

non numeratæ pecuniæ post biennium, recte Judex rejicit, nec admittit, tanquam irrelevantem. 433 436

SCti Vellejani etiam post sententiam in actu executionis opponi potest à Muliere. 447

desertæ appellationis rejecta censetur, si Judex appellationis per Decretum injungit: daß sich Appellant in der Haupt-Sach solle einlassen. 294

frivolæ, inutiles, & frustratoriæ non recipiuntur, liquidabiles autem Exceptiones vel facilè liquidabiles, Judex non admittens litem suam facit. Das ist er muß dem Reo den Schaden ersetzen. 523

Exceptio firmat Regulam in casibus non exceptis. 193. 200

Excessus

Immodicus in Antichresi sinistram inducit suspicionem. 520. modicus toleratur ob incertitud. fructuum ratione quantitatis & æstimationis.

Executio

Æque fit ex Instrumento in judicio producto ac si recognitum fuisset. 450

Exemplum

Eine Copeyliche Abschrifft / wann es bey den Archiv lange Zeit verwahret beygelegt wird / hat mit dem Originali gleiche Gültigkeit. 553. ob publicam autoritatem, bevorab wann es jussu Principis asserviret worden. 556

Expensæ

Judiciales satis certæ sunt ex ordinationibus judiciorum aus der Cantzley Tax. 455

Extrajudiciales judicantur ex conditione & qualitate personarum. ibid.

Causa inductiva obligationis ad expensas litis est temerarium litigium 77. non sola succumbentia. 81

Expensas litis darff niemand bezahlen / es sey dann / daß er einen unnöthigen Proceß muthwillig angesponnen. 192

Expectativa

In Feudis Regalibus apertis ab Imperatore sine consensu Electorum dari nequit. 155. sed Bonis domanialibus, denen Cammer-Güttern accensentur. 168

Expressum

Appellatur, quod vel ex verbis constat, vel ex vi & potestate verborum elicitur. 43. Es ist einerley seine Gemüths-Neigung mit Worten ausdrucken / oder sonst auf andere Art zu verstehen geben. ibid.

Es ist nichts ungewöhnliches / daß zuweilen exprimiret wird / was ohnedem Rechtens ist / um allen Zweiffel vorzubeugen. 102. 194

F.

Facta

Probari debent, non præsumuntur, v. gr. solutionem esse factam. 39. 50. 369

vel traditionem. 54

cessionem. 75

investituram. 465

dimissionem possessionis. 78

renunciationem. 319. 487. 677

præscriptionem ante L. C. fuisse completam. 216

causæ cognitionem præcessisse. 305

conditionem esse appositam. 327

Pro Judicis facto & processu præsumitur, von einem Richter wird præsumiret / daß er rechtl. verfahren. 54. 222. 476. 823. 834. ob ejus auctoritatem. 232. & sacramentum

mentum præstitum. 283
contra factum proprium nemo venire potest. 443. nisi consideratione Boni Publici. vid. Lauterb. *de fund. dotal. th. 37.* ibid.
Factorum disparitas & diversitas personarum inducit disparitatem Juris: Wann sich das fact. verändert / so wird juris dispositio alterirt. 84. 186. ubi eadem Ratio, ibi eadem juris dispositio. 873
Ad factum nudum obligatus præstando interesse liberatur, secus qui ad non nudum, sive quod juris effectum habet. 58. 59

Falsum

Dicitur, wann zu Unterdruckung der Warheit dasjenige anzeigt das doch nicht wahr ist / mithin kein Bestand hat. v. gr. Falsa Instrumenta, transactio cui dolus dedit causam, & Decretum Judicis ad falsa narrata impetratum. 215
Falsitas Instrumenti colligitur, (1) ex incisione foliorum in libris rationum. (2) ex scriptura recente in Chartam antiquioris Temporis. (3) ex anticipato Dato. (4) ex tarditate in producendo scripturam privatam commissa. 420
Ad falsum requiritur dolus, veritatis mutatio & læsio. 421

Familia.

Familia multitudinem implicat & pro nomine collectivo reputatur. 845
darunter nemlich die Nepotes & reliqui descendentes verstanden. 675

Fatalia

Appellationis prosequendæ sunt de jure communi, annus vel Biennium, non currunt ex consuetudine judiciorum, quod intelligi debet, quando Gravamina sunt successiva & iterata. 281

Favor

Familiæ conservandæ omnibus modis promoveri debet, welches geschicht / wann die Bona in agnatione bleiben / exclusivis fœminis à successione. 667. 692
Ob eandem Favorem conserv. & *propagandæ* Familiæ ordinariæ Juris Regulæ cessiren. 678
Favor conservationis familiarum nobilium est causa prohibitæ Alienationis feudorum. 498. & divisionis. 505. dann die Zertheilung macht / daß die Agnati & Familiæ Nobiles splendorem & dignitatem nicht manuteniren können. 850. quod tamen Reip. interest. 730
Favorabilia non sunt detorquenda contra juris rationem in odium ejus in cujus favorem sunt disposita 255. 259

Feuda

Non præsumuntur, tanquam species

cies servitutis, & in dubio Bona potius allodialia, quam feudalia esse, interpretatio facienda. 465

à fide Vasallitica vocantur, qua sublata non est feudum sed locatio simplex vel emphiteusis. 465

Feudorum Regal. fœminæ & ex iis descendentes sunt incapaces, & defunctis masculis devolvuntur ad dominum. 125. 133. 135. & quidem ipso Jure citra sententiam declaratoriam. 152. 153. 465

à Feudo semel exclusæ fœminæ semper exclusæ manent, nec ulterius admittuntur, donec scil. masculus superest. 133. sive sit feudum gentilitium. ibid. partim propter sexus masculini dignitatem. 134. partim propter morem vetustatis & observantiam. 136. 144

Feuda Regalia non sunt in commercio nec privata acquisitione obveniunt. 171. nec dividi possunt. 505

Feuda Regalia Status Imperii possident non proprio jure. 132. sed ex concessione Imperatoris. 171

Feuda emta inter feuda propria sunt referenda. 170. 171

Feuda impropria in uno alterata, in reliquis retinent propriam feudi naturam. 133. nec laxiorem interpretationem admittunt. 151

ex feudo dotari debent filiæ, wann der Vatter sonsten keine Bona ausser feudalia nach sich verlassen. 133 item ex feudo detrahenda earum Legitima. 180

Feuda aperta sunt, quando plenum jus feudi ad Dominum revertitur, extincta stirpe masculina, & quidem ipso jure. 152. Wann der Lehenmann ohne männliche Leibes-Erben verstirbt / fällt das Lehen dem Domino feudali heim / es mögen Regalia seyn oder privata. 153

aperta feuda sub novo nexu feudali à Domino directo aliis, quibus voluerit, dari possunt, solche durch Ausgebung männl. Linie erledigte feuda könnten andern wieder verliehen werden sub Lege fidelitatis. 153

Regalia feuda bonis domanialibus accensentur denen Cammer-Güttern. 168. quæ aliàs mensæ, victui & dignitati Principis sunt destinata. 169

Regalia feuda nonnisi ab Imperatore, qui fons est dignitatis Regalis, conceduntur. 161. 171

Fideicommissa

Realia constitui possunt tam inter vivos pactis & contractibus, quam ultimis voluntatibus. 90. 262. 695

In Constitutionibus Fideicommiss. non tam verba, quam mens Testatoris inspici solet. 252. sicut in legibus ratio Legislatoris. 262. eo magis, quo non tam ex verbis, quam mente induci soleant. 252

Familiæ pactitia differunt à pactis successoriis. 95

ſicut pura à conditionalibus. 667
Fideicommiſſorum familiæ ſolo agnati & Maſculi ſunt capaces, non fœminæ, affines, & Cognati 94 Ratio quia per priores conſervatur familia. 90. poſterioribus autem Familiæ appellatio non convenit, quia fœminæ nuptæ familiam propriam relinquunt. 664. vid. Filiæ.
Conditionalia extinguuntur præmortuo ante fiduciarium eo, cui facienda eſſet reſtitutio, 252. wann der heres fiduciarius den fideicommiſſarium überlebet / ſo verliſcht das Fideicommiſſum. Quia deficit conditio, ſub qua facta eſt ſubſtitutio. 253
Fideicommiſſo conventionali omnes ſucceſſores conſtringuntur, ut alienatio ad effectum produci haud poſſit, citra denunciationem. Wann die Fideicommiſſarii ſich miteinander vergleichen / daß die Bona Fideicommiſſo obnoxia nicht veralieniret werden / ſo mag auch die Alienatio ohne Vorbewuſt und Einwilligung der Intereſſenten nicht beſtehen. 696
Fideicommiſſum in remotiores agnatos alienatum à proximioribus Succeſſoribus, von den nechſten Geſchlechts und Stamms-Agnaten Jure Retractus Gentilitii revocatur. 91. 696
Fideicommiſſa conſtituuntur in Rebus mobilibus & immobilibus, bevorab da groſſe Capitalia kein geringes ad ſplendorem familiæ, quem conſervari Reip. intereſt. 730 beytragen. 671. ut ſunt annui reditus. 670
Fideicommiſſa ſunt ſtricti juris nec extenduntur de caſu ad caſum vel de perſona ad perſonam 659
Ad Fideicommiſſa Familiæ, cujus propagandæ ſunt incapaces, fœminæ non aliter admittuntur, quam ſi Maſculi defecerint, auf einen ledigen Anfall. 662
Fideicommiſſum wird genannt/wann der eingeſetzte Erb gebetten wird / daß er die angetrettene Erbſchafft gantz oder zur Helffte einem Tertio, (welcher Fideicommiſſarius genannt wird) reſtituiren ſoll. 657
Fideicommiſſa ſunt vel expreſſa, quæ per duos teſtes probantur. 247. vel tacita, dum filia dote vel certis rebus contenta eſſe jubetur. 251 661
Fideicommiſſum inductum colligitur (1) ex prohibita Bonorum alienatione perpetua extra Familiam wann der Teſtator verbeut / daß die Gütter nicht ſollen veräußert werden / zeigt er dadurch an / daß ſie bey der Familiæ bleiben ſollen. 667. 668. præprimis ſi clauſula annulatoria, nihil agit, ſit adjecta. ibid.
(2) ex qualitate Rerum quæ Teſtatoris affectionem comprobant & ſplendori inſerviunt. 669
(3) ex adjectione clauſula codicilla-

ris colligitur, quod testator fideicommissarié substituere voluerit. 672. Wann diese meine Testaments-Verordnung einer Sachen wegen / oder Mangels halber / von Rechtswegen / nicht als ein zierlicher letzter Will gelten / oder kräfftig seyn könnte / so solle sie doch gelten / als ein Codicill, Fideicommiss oder Donatio m. c. oder eine andere Disposition, wie dieselbe nach Recht oder Gewohnheit am kräfftigsten gelten kan oder mag.

(4) ex delatione insignium. 690

(5) ex hæreditate in Codicillis data, quæ datio transit in fideicommissum. 251

(6) it. ex Verbis: Volo hunc vel illum meam hereditatem habere. 246

(7) ex institutione filiæ in certis rebus, vel si dote contenta vivere jussa est. 661. & bona avita intacta relinquere. 672

(8) ex substitutione in plures successivè directa. 801

Nota Regulam: non quaslibet conjecturas pro cujuslibet cerebro esse admittendas ad fideicommissum inducendum, sed à lege approbatas vel probabiles. 246. 251. ne vel ex nimio rigore verborum pia disponentium proposita destituamus, vel ex nimia facilitate contra Voluntatem defunctorum gravamina hæredibus injungamus. ibid.

non de parte saltem Bonorum, sed etiam universitate rerum constitui valent. 695

Fidejussio

non obstringit Mulierem, quæ opponit exceptionem SCti Vellejani, si autem solvit, ceu indebitum condicit. 389. *vide Benefic. SCti Vellej.*

Fidejubens non obstante renuntiatione à Creditore conveniri potest, qui tum petere potest, ut suo sumtu & periculo debitor principalis prius excutiatur. 452. ex seqq. Rat. (1) quia in debitorem utilitas negotii redundat. (2) quia satius est fidejussorem indemnem servare, quam post vulneratam causam remedium inane relinquere. (3) quia animus innovandi expresse haud fuit declaratus. 453

Fides

habita censetur ex adjectione termini solutionis, wer nur eine Stund Auffschub zur Zahlung giebt / der hat geborgt. 35

Vasallitica essentiam feudi designat & differentiam facit ab omnibus juribus & negotiis. 461

Formul. juramenti fidelit. ejusque membra exponit. *Bitsch. ad 2. F. 6.*

Forma

præscripta muß ad amussim observiret werden / sonsten ist das negotium vitiosum und nullum. 67

Fructus

debent restitui à tempore mortis in petitione fideicommissi, sie mögen percepirt worden seyn ante L. C. oder post litem Contestatam. 704

In Judicio Univers. ut heredit. petit. fructus sunt ipsa res principalis in Judicio particul ut rei vindic. fructus sunt mera accessio. 706

fundo feudali non amplius cohærentes sunt allodiales, non feudales, und gehören also den Allodial-Erben/nec fideicommisso familiæ subjecti. 690

G.

Gemeind

wird durch Zusammläutung der Glocken / vel alio usitato modo in caussis universitatem concernentibus, zusamm beruffen. 27

restituitur, & gaudet jure minorum, sofern Minderjährige mit in der Gemein sich befinden. 298

Genus

continet omnem speciem, sicut generalis ratio continet omnem casum. 874. Z. E. wann die alienatio feudi prohibirt wird / werden darunter alle species mit verstanden / daß ein Vasall sein feudum nicht verschencken / legiren / permutiren / in dotem vel solutum dare non possit.

Gradus.

Proximitas Gradus æstimari debet ad primum disponentem, non ad proxime defunctum. 696. 844. Hier ist ein grosse Controvers, wann der Testator disponirt / daß seine Bona in agnatione bleiben soll / ob er verstanden seine heredes, oder die heredes fideicommisso gravati heredis. ibid.

Gradu proximiores in articulo successionis schlüssen die remotiores aus; Nam hereditas proximo defertur. Die Nächsten in der Blut-Freundschafft sind die Nächsten zur Erbschafft. 712

attenta computatione Civili non Canonica, welche in matrimonialibus obtinirt. 483

Ampliatur, ut obtineat hæc regula Jur.comm. in fideicommissis & feudis. 843

H.

Heredes.

Unter der appellatione heredum werden die Erben primi gradus, ut filii & filiæ & ulterius gradus in infinitum verstanden. 100. 125. 803

Heredes paciscentium sind obligiret factum defuncti zu præstiren / obschon derselben in Contract keine Meldung geschehen / cum quilibet sibi & suis heredibus prospicere velle præsumitur. 92. 128

Heres und Legatarius kan keiner zugleich seyn / dann es sind zwey separatæ personæ. 396

filius heres patri succedit in feudo,

non jure hereditario, sed jure investituræ & provisione primi vasalli feudum acquirentis. 491
filius Patri succedens kan die vätterliche Erbschafft nicht verlassen / und das feudum behalten / noch das feudum verlassen / und die vätterliche Erbschafft antretten. 500. sondern beedes fahren lassen oder behalten. 507
Ad heredes werden keine Jura transmittiret / die bey dem defuncto noch nicht gewesen. 681

I.

Ignorantia

Facti alieni est probabilis & tolerabilis 732. was von einen andern geschehen / kan mir unbewust seyn / folgbar mir nichts imputiret wird.
Fœminas excusat Ignorantia juris & sic werden die Weibs-Persohnen melioris conditionis geachtet / weder die Manns-Persohnen / præprimis ubi agitur de damno vitando, non masculos excusat, si copia est peritiores consulendi. 234
Ignorantia præstat excusationem à restitutione fructuum perceptorum & percipiendorum. 112
Ignorans renunciret seinen Recht nit / welches / daß es ihme zukommt / er nicht einmal gewust hat. 715 und wie solte der sein Recht negligiren und verachten wollen / von dem er nie etwas gehöret. 731

Ingratitudo

manifesta est, wann die appositæ conditiones nicht observiret werden / und man seinen Wohlthäter in Schaden setzet. 329

Injuria

Realis ex facti qualitate, verbalis ex verbis injuriosis præsumitur & animus colligitur. 634

Instrumentum

habet præsumptionem veritatis, daß sich die Sach also verhält; Legalitatis, daß alles solenniter verrichtet worden; Justitiæ, nach rechtlicher Art. 28. 77. 355. nisi evidentissimè probetur contrarium. 409
Instrumentum sine virtute operandi esse non debet. 93
Instrumentum noviter repertum admittitur, præstito juramento necessario, ohngeacht das Jurament vom Richter auferleget abgeschworen ist / mögen doch nachgehends zum Gegenbeweiß Instrumenta produciret werden / weil die Religio Judicis hintergangen worden. 70
Instrumenta sunt stricti juris & interpretationis, die sich nicht auf andere Sachen oder Personen / von denen sie nicht reden / lassen extendiren oder ausdeuten. 77. 101
Contra Instrumenta liquida non licet excipere. wider klare Instrument nimmt der Judex keine exceptiones an / cum liquidum per illiquidum

non debet retardari. 81. 82

Instrumenta reus non tenetur edere adversus se, sed quisque debet afferre probationes proprias & plenas. 194. 210. Der Beklagte ist nicht schuldig wider sich Instrumenta seinen Kläger heraus zu geben/ sondern der Kläger mag eignen Beweiß bringen. ibid.

Instrumentorum Appellatione werden auch Zeugen-Aussagen verstanden/ und kan durch Instrumenta eben das bewiesen werden/was sonsten durch legale zeigen. 331. 353

Instrumenti falsitas kan aus vielen circumstantiis wahrgenommen werden. 418. 419

Instrumentum referens sine relato non probat neque inter contrahentes neque inter alios. Weil das Relatum ein pars ist des Referentis und eines aus dem andern erklärt wird. 566. 567. 225

Instrumentum publicum ad mandatum Principis confectum verdient überall publicam fidem. 578

Instrumenti proprii recognitio habet vim confessionis, eique credi debet. Wer Hand und Siegel erkennt/ gestehet die Schuld ein / und muß Sententia Judicis condemnatoria erfolgen. 25. 26

Instrumenti Cancellatio hebt den darinn enthaltenen Contract nicht auf/es wäre dañ aus solcher Absicht die Zernichtung geschehen / damit das negotium völlig destruirt werde. 41. Wann absonderlich der andere nicht protestirt. 42

Instrumenti verba quando clara, perfectam obligationem constituunt. 77

Interdicta

sunt personalia ratione delicti, das ist / sie werden nur wider den Delinquenten angestellt / und keinesweegs wider dessen Erben / nisi quatenus aliquid ad eos pervenit. 63. *vid. Actiones personales.*

realia, quatenus versantur circa possessionem, welche eine species ist juris in re. 64

Interdictum wird dem heredi testamentario oder legitimo gegeben / wider den jenigen / der die Bona hereditaria possidet pro herede vel possessore. 730. gleichwie die fideicommissaria hereditatis petitio contra ejusd. generis possessores angestellt werden mag. 810

uti possidetis, competit civiliter possidenti contra possidentem naturaliter tantum. 915

Interpretatio Auslegung.

Hominis excluditur, wann der Buchstäbl. Innhalt eines Instrumenti oder scripturæ klar ist. 560. oder der gemessene Befehl eines Fürsten zu hellen Tag lieget. 612

Interpretatio facienda est ita (1) daß man nicht so wol den Textum juris ausleget / als aus denen Textibus

tibus juris adminiculativis herholt. 434 (2) daß evitiret werde absurditas. 306. juris correctio. 848. Contrarietas. 743 absonderlich in Ultimis Voluntatibus & elogiis. 667

Interpretatio in dubiis amplectenda est, welche der Æquität / dem Sinn des Gesetzgebers / auch der Analogiæ juris am nechsten beytritt. 261. 353

Circa interpretationem pactorum mens potius attendenda contrahentium quam verba. 847

Ex Interpretatione legum quod elicitur, idem tenet, quod ex verbis legum apparet. 747

Investitura, die Belehnung.

Est basis & fundamentum omnium feudorum 501. & norma controversiarum feudalium. 136. alle feuda werden bewiesen aus den Lehen-Brieffen / und alle Controversien, so entweder unter denen Vasallen oder mit den Lehen-Herrn entstanden / werden entschieden aus den ältisten Lehen-Brieffen.

Investitura coram paribus Curiæ facta, præstito Juram. fidelitatis, probat qualitatem feudalem. 463. & 404. v. gr. quando Dominus feudi vor denen Mannen-Gericht oder Convasallis ausspricht / wir belehnen euch mit diesen Gut N. und darauf der Vasall die Lehen-Pflicht abgeleget hat.

Investituram simultaneam, Mitbelehnschafft / inducit Dictio una vel simul, da es diesen Effect hat / daß die Successio und Genuß des Feudi denen mitbelehnten / obschon remotioribus, mit denen Andern zu gleichen Theilen zukommt. 866

Investituræ primæ non habetur Ratio, quod postea aliquid expresse mutatum. 815

Investitura sola non sufficiens argumentum & probandi qualitatem feudalem, weil auch in denen Bonis censiticis & emphiteuticis renovatio investituræ gesuchet werden muß. 468.

Literæ investiturarum antiquiores sunt norma controversiæ feudalis, weil sie der Radix sind der nachfolgenden Belehnungen / und müssen nach den sensum literalem verstanden und ausgeleget werden. 159

Judex

Secundum acta & probata judicare debet. Ein Richter soll richten / nach dem / was verhandelt und bewiesen worden. 449

Judæi

Testimonium valet si de facto proprio deponit, so de alieno facto, wann keine Christen vorhanden / die dem Juden widersprechen. 417

Judicium

Familiæ ercifcundæ semel instituitur, wann

wann die Erbschafft getheilet / wird dieses judicium nicht mehr angestellt / sondern wann etwas zur Erbschafft gehörig unvertheilt geblieben / wird das judicium communi dividundo angestellt. 185

Possessorium muß vor der Causa proprietatis geendiget werden / daher die Doctores gar recht schliessen possessorium und petitorium judicium können nicht cumuliret werden. 732. *vid. causa possessionis.*

Petitorium absorbiret subsidium possessorii. 807. *vid. causa petitorii.*

summarium judicium handelt de facto possessionis wann gefragt wird / quis in præsens possideat, non de Justitia, welches ad judicium petitorium gehöret. Da man inquiriret / welcher von beeden antiquiorem, justiorem, & magis titulatam possessionem hat. 728

Invalidum nullam executionem rei judicatæ obtinet. 517. v. gr. wer sich selbst recht spricht / als Richter. 512. oder ohne gründliche Untersuchung der Warheit im Urtheil sich præcipitiret. 517. oder der Procels-Ordnung nicht nachkommt. 519

Juramentum

Litis decisorium delatum referri potest. 407. vel si adversarius moritur, supplet vicem corporalis juramenti, weil nicht zu vermuthen / daß einer seiner Seelen Heil nicht bedenckend sterben sollte. 33

sed præstitum habet vim rei *judicatæ* & transactionis, wer sich *losge*schworen / muß absolviret werden. 32. und wird wider solches jurament kein neues Instrument admittiret / weniger Zeugen / ob metum subornationis. 32

Juramentum deferendi, suscipiendi & præstandi facultatem haben nicht allein die Christen / sondern auch die Juden genossen. 416

Juramentum muß tribus Comitibus vergesellschafftet seyn / Judicio, justitia & veritate, soll es anderst die Krafft haben eines kräfftigen Beweises. 719. 424

ad juramentum deveniri non debet sine præsumtione & aliquali probatione. 424. quia actore non probante Reus absolvitur. 425. & superflua esset probatio. 427

ad juramentum se sponte offerens, non auditur, sondern macht sich verdächtig. 450

juramento superfluo soll niemand oneriret werden. 457. sicut nec superflua probatione. 427. Z. E. es brauchet keinen Eydschwur / wann durch zwey Zeugen etwas schon bewiesen / und vice versa keine Zeugen / wann das deferirte jurament abgeschworen ist. ibid.

suppletorium wird von dem Richter imponiret dem jenigen / der einen halben Beweiß e. g. ein legalem testem vor sich hat / und dadurch

inopiam

inopiam probationis suppliret. 411 416
Juramento non est onerandus, qui fundatam habet intentionem vel sufficienter probavit. 415. 450
Juramentum fidelitatis remitti potest vasallo, non ipsa fides Vasallitica, weil solcher pars essentialis ist aller Lehen-Gütter. 461
Juramenti præstatio ad naturalia feudi pertinet, quæ mutari possunt, dahero dem Vasallo wegen Minderjährigkeit das Juram. differiret oder wohl gar remittiret werden kan. 467
In Juramento necessario instrumenta noviter reperta admittuntur. vid. Instrumenta. ibi Ratio. pro Juramenti Religione & observatione pronunciandum est. Obrigkeiten sollen über Eydschwür halten. 717
Juramentum instar validæ probationis habetur. Omnesque solennitates supplet. 719. 720
Juramenti nexus ad heredes transitorius, ut contravenire non possit. 722
Juramenti forma consistit in Invocatione Nominis Divini, der Eyd ist ein Stück des Gottes-Dienstes / dahero Christen gar wohl und ohne Gewissens-Verletzung schwören können. 718
Juramentum administratoris non sufficit ad dexteritatem Computationum probandam, si ex libro Rationum hoc non constat. 888. nec verisimilitudo apparet. 803. damit denen Perjuriis nicht der Weg gebahnet werde. 889

Jurisdictio

est incorporale quid, distinctum à Dominio so weiß man / daß einer ein District Landes besitzen kan / und doch keinē Actum jurisdictionalem darinnen exerciren darff / sondern das Exercitium dem Superiori überlassen muß. 550. daher die distinctio recipirt ist inter Dominum jurisdict. dem Gerichts-Herren / und Dominum hæreditarium den Erb-Hern. 551
Jurisdictiones separatæ requirunt separatos Judices, nec debent confundi officia. 308. Wer also die Civil-Jurisdiction hat / jus dicit de causis civilibus, wer criminalem hat / jus dicit ex mero imperio de causis criminalibus. ibid.

Jus quæsitum

Kan niemand entzogen werden sub prætextu æquitatis vel consuetudinis. 17. 357. 492. 505. 563. 576. 836. 849. nisi concurrat Utilitas publica. 498. difficilius est jus quæsitum adimere, quam quærendum. 517. 513
Jus quæsitum ex investitura primi acquirentis non potest successoribus agnatis propter delictum Vasalli auferri. 492

Jussus

Judicis contrario imperio tollitur. Was der Richter befohlen / kan von eben demselben hinwiederum eingestellet werden. 428

L.

Legata

plura iisdem personis relicta, singula debentur, wann zum Beyspiel dem Titio 100. Gulden legiret werden / und in eben dem Testament 200. Gulden / bekommt er also 300. Gulden / und hat nicht die Meynung / daß er an statt der 100. nur 200. Gulden haben soll. 774

Legitima

Liberorum kan nicht beschweret werden. 217. 266. noch weniger sine causâ Legibus cognitâ den Kindern entzogen. 258

Ad Legitimam ineundam & computandam muß das Inventarium über den vätterl. Gütter-Nachlaß beyhanden liegen. 216

Legitimæ supplementum convenientibus remediis peti solet. 226. nemlich vel Actione ex Testamento personali, wann der Testator im Testament befohlen / daß die Quarta solle suppliret werden vel condictione *ex L.30. Cod. de inoff. Testam.* wann de supplemento Legitimæ nichts gemeldet worden. Lauterb. *diss. de Resid. §.28.* 258

Legitima nec Statuto tolli potest, quia est debitum naturale. 258

Legitima Titulo heredis *universali* est relinquenda, weil dieser Titul *honorabilior*, und auch propter jus accrescendi utilior. 265

Lehnträger.

Nomine eines Lehnträgers wird derjenige verstanden / der im Namen der heredum feudalium die Lehen empfängt / oder bey Veränderungs-Fall die Lehen vom Neuen muthet / durch den Leh-Mann aber wird der Vasallus bedeutet. 462

Liber

Rationum ita ordinatus esse debet, ut luculenter constet de acceptis & expensis administratoris. 884. expresso anno, mense & die, quo quid acceperit, quid erogaverit, quantum, quove titulo. 887

Rationum post mortem scribentis semiplenam inducit probationem & heredes ad juramentum suppletorium admittuntur. 891

Formâ destitutus præscriptâ imperfectionis, falsitatis & doli rectè arguitur. 888

Liberalis

nemo præsumitur aut suum jactare. 475. 488. aut suum jus abdicare, aut incompatibilia admittere velle. 580

Liberatio

eodem modo fieri solet, quo obligationis

gationis nexus primum extitit. 477 vor 7. Zeugen wird ein solenne Testamentum errichtet / von 7. Zeugen wird es wieder zernichtet.

Liberantur fidujussores & pignora debito soluto. 700. daher der Creditor mit keiner Præscript. wider die actionem pignoratitiam sich schützen mag / propter suam malam Fidem. ibid.

Liberi

habent dominium rerum paternarum in spe. 507. i. e. dominium, vivis parentibus, ad liberos pertinet. 492

Sub conditione instituti Liberi, neque instituti neque fideicommisso gravati censetur. 660

Debent præstare facta parentum, quibus succedunt. 723. Z. E. eine Tochter die Verzicht gethan / stirbt vor den Vatter / ihre Kinder aber annoch im Leben / werden ad hereditatem paternam zugelassen. ib. und schadet die Renunciatio von der Mutter beschehen / ihren Kindern nichts / quia nondum delata erat hereditas. 724

Liberi sollen vor ihre verschuldete Ehren bezahlen/nicht nach dem Recht / doch nach der Billigkeit / um ihren guten Namen und Credit unter den Leuten zu erhalten. 507

Libertas

Naturalis præsumitur juxta causam originariam in Personis & Rebus. 344. 345

Liquidatio

eo fine petitur, ut Debitor, solvat, aut compensationem admittat. 441

Litigiosum

Vitium Litigiosi rem facit inalienabilem 20. 315. Wer eine Sach / die in lite verfangen ist / wissentlich kaufft / muß solche wieder hergeben / non recepto suo pretio. 317. nisi fiat salvo Jure tertii. 20

Vitium hoc reale, transit cum suo onere, causis & qualitatibus ad quemcunque possessorem. 21

Litigium

Pœna temerarii Litigii est (1) Condemnatio in expensas litis. Wer unnöthig processirt / in die Gerichts-Kosten erster und anderer Instanz wird condemnirt. 76. 81. (2) amissio causæ, oder den Process verliert. 426

M.

Magistratus

Soll jederzeit auf den Nutzen und Zierde der Republ. bedacht seyn / und sollte es mit eines oder des andern Privati Ungemächlichkeit geschehen. 603

Mandatum

Kan allzeit revociret werden / wann es

es dem Mandanti gefällig und nützlich zu seyn bedüncket. 79. 81
Wer kein Special-Mandatum hat/kan vor einen andern in judicio nicht agiren / oder einen Tertium als Clienten defendiren / ne judicium fiat elusorium. ibid.
Generale cum liberâ & speciale invicem æquiparantur. 368
Mandatum est stricti Juris, nec ultra expressa extenditur. 367. gemessene Befehl müssen nicht überschritten werden. ibid.
Mandatum ante acceptationem imperfectum, post eam nascitur obligatio pura. 77. 78
Mandatum præsumitur in conjunctis, qui tamen cavere debent de rato, Anverwandte mögen voreinander vor Gericht erscheinen / wann sie gleich kein Mandatum procuratorium haben / doch müssen sie caviren de Rato. 13. *vid. Conjuncti.*

Minores

haben das Beneficium Restitutionis in integrum adversus lucrum adventitium omissum, als wann sie ex fragilitate ætatis eine fette Erbschafft repudiiret hätten. 836

Monopolia

dividuntur in publica & privata, werden tolerirt in Republica um des gemeinen Nutzens willen oder aus erheischender Noth. 618

Morâ

In mora non est, neque *reali neque* personali, von dem man nichts begehren kan / wegen der entgegen gesetzten Exception. 704

Mulier

pro suo marito apud Creditorem intercedens nullatenus obligatur. 377 licet (1) pro ascendentibus vel descendentibus intervenerit, 437. vel (2) renunciaverit suo beneficio, cum eadem facilitate ad renunciandum induci potuisset, quâ ad intercedendum. ibid. nisi (1) in utilitatem mulieris pecuniam versam fuisse probetur. 373. 381. 388. eamque locupletatam esse quod Creditor docebit. 37. 377. 381. 388. (2) nisi cum marito communem negociationem als eine Kauffmanns-Frau exerciret zu gleichen Gewinn und Verlust. ibid. (3) nisi accipiendi Animo intercesserit. 444. (4) nisi fiat ex pietate pro liberanda defuncti fide. 446. (5) nisi solverit mulier, sine præviâ cognitione. 390

N.

Negativæ

probatio est difficillima, nisi sit loco & tempore circumscripta, dahero nicht dem jenigen der Beweiß auferleget wird / der negiret / sondern der etwas affirmiret. 359

Nego-

Negotium

non aliter perfectum, quam si in esse deductum & plene perfectum fuit. 379

Nobiles

Conditionale, conditione pendente in suspenso est, per existentiam conditionis oppositæ perficitur. 380

Ordo Nobilium, die Adeliche Ritterschafft est Rerumpublic. sustentaculum, Magnatum præsidium & seminarium muneris togati & militaris. 675

Nomina

heredum in Testamento privilegiato exprimi debent, ad evitandam incertitudinem. 795

Nullitas

wird auf verschiedene Weiß committiret/ (1) wann man substantialia processus negligiret. 283. (2) wann der Judex einen Sentenz abfasset/ ehe er die Sach in die Untersuchung genommen. 285. 517. oder Beweiß führen lassen. 286. (3) Oder gar in causa propter defectum jurisdictionis nicht sprechen sollen. 302. 305. oder (4) posthabito juris ordine procediret. 291. 517. 523

Nullitatis & Appellationis remedia sunt diversa. 307. wann also der Appellation renunciret worden wäre/ bleibt doch querela nullitatis in salvo. 278. doch hindert nichts/ de utroque puncto simultaneo processu zu agiren/ de nullitate & causa principali, wann nemlich Appellant begehret/ es mögte der judex superior auch de puncto principali pronunciren/ præmissa declaratione nullitatis sententiæ prioris, welches brevitatis studio gar wohl seyn kan. 306

Nullitas in Processu commissa wird nicht attendiret/ wann de meritis causæ der judex gnugsam instruiret ist. 747

Quod nullum & vitiosum est, kan wegen der confirmation des judicis nicht convalesciren/ oder ein Effect überkommen. 801

Paria sunt nulliter agere, oder perperam agere, ein Sach recht gethan oder bleiben lassen. vid. exempla 38. 60. 215.

O.

Obligatio

Niemand kan obligiret werden ex alterius conventione & facto, 375. 390. noch auch ad impossibilia. 424

Obligationes non raro nascuntur ex sola æquitate & producunt actiones dativas. 80

Obligationes tolluntur per solutionem & compensationem. 443

Obligationes vasallorum non ex qualitate subjectionis nascuntur, sed ex Respectu Feudalitatis. 147

Observantia

Uniformis tantæ est Virtutis, und daß ins künfftig gelten muß/ und

in acht genommen werden / was schon vor alten Zeiten per usum eingeführet worden ist. 722
Est instar juris communis 455. 608. & consuetudinis, à qua recedi non potest. 539
Observantia in dubiis allegari solet, non in claris & certis. 578
Observantia multum facit ad Interpretation. Actorum & Negociorum, quibus controvertitur. 538. 539. 608
Immemoriali Temporis decursu firmata non admittit probationem in Contrarium. 540

Odiosa

sunt restringenda, und darff der Rigor Juris per interpretationem extensivam nicht laxiret werden. 545 546

Omissum

Censeri debet, quod verbis non exprimitur nec supplendum hominis facto. 200. absonderlich in odiosis. 547. also was ein Testator nicht addiret / cum addere potuisset, noluisse censetur. 665. 754

Omne

est nota Universalitatis, welches ambitu suo alle Actus und Jura in sich hält / nomina & innominata. 564 præsertim si adjecta sunt verba, wie es Namen haben mag. 756

Onus

Duplici onere nemo gravandus, sed gravatus in uno, non debet gravari in altero. 688. ita *nec Testator* præsumitur onerare *velle heredem* duplici præstatione. 770

Opera

Rusticorum diffo miter præstantur, dahero man darauf zu sehen hat / welcher Gestalt Frohn-Dienste von Alters biß hieher von denen Unterthanen geleistet worden sind. 538
Earum præstatio pertinet ad fructus jurisdictionis, 546. vel potius Dominii, cujus intuitu debentur & exigantur. 549. 582
Opera sunt meræ facultatis Naturalis, nec Tempore immemoriali amittuntur, nec spectatur, quid omittatur, sed quid debeatur. 579

Ordo

Juris turbatus & prætermissus, omnia reddit irrita, quæ in judicio aguntur. 517. 523. Wann die Process-Ordnung nicht observiret worden / ist alle Gerichtl. Handlung vergebens. ibid.

P.

Pacta

Dotalia inter vivos probari possunt duobus Testibus, nec aliter valent Instrumento vel solo sigillo. 355. in vim ultimæ Voluntatis concepta quinque Testibus firmari debent. 351. 355

Genti-

Gentilitia sive Familiæ dicuntur. Wann die Agnati de successione Bonorum Familiæ paciscizen / daß / wann eine oder die ander Linie ohne Männl. Leibs Erben ausgieng / die Bona auf diese oder jene Familie kommen sollten. 856. 859. & plerumque Cæsarea auctoritate confirmantur & ideam præbent simultaneæ investituræ. 873

Pacta Successoria de jure civili improbantur, über eines Lebenden Erbschafft kan man nicht paciscizen ob Votum captandæ mortis. 610. es werden aber solche toleriret per consuetudinem (1) inter Personas Illustres favore propagandæ familiæ. (2) inter conjuges favore matrimonii. (3) inter parentes & liberos unitos favore educationis & concordiæ. 611

Patientia.

Tacitum consensum inducit in præjudicialissimis. Wer etwas geschehen läst zu seinen Præjudiz, und contradicirt nicht / von dem ist die Vermuthung daß er durch sein Stillschweigen ratificiren wolle den actum, den er contradicendo hätte verhindern können. 596

Periculum

Ubi plus periculi, ibi cautius prospiciendum. 715. Je grösser die anscheinende Gefahr / je mehr ist Behutsamkeit anzuwenden, & metus periculi, pro ipso sæpius periculo est. 821

Petitorium.

Causa petitorii trahit ad se possessorium, illudque absorbet. 571. wer das Eigenthum eines Dings beweist / dem muß die Possessio tradiret werden. 731

Pertinentiæ.

Vor Pertinenz-Stück werden ohne Zweiffel gehalten / was in dem Instrumento publico nahmhafft gemacht worden. 560

Pignus

dissolvitur soluto debito, nec actioni pignoratitiæ præscribitur, si creditor pignus 30. annos retinet. 700

Possessio.

Possessio duplex est naturalis & civilis, wer eine Sach besitzt animo sibi habendi ex causa Dominii, der besitzt civiliter, wer aber etwas besitzt ex alia causa citra opinionem Domini, besitzt es naturaliter ut sunt coloni, servi, procuratores & omnes, qui alieno nomine possident. 62. 78. 911. & 913.

Titulata præfertur possessioni quæ titulum comitantem non habet & talis sine Causa vel titulo capta possessio revocari debet. 731

Possessio ad heredes non transit, quia in facto consistit, & naturaliter comprehendenda. 729

Possessor

si concurrit possidens & non possidens,

dens, præfertur ille, qui possidet tempore litis contestatæ. 18. 287. 728. Licet sit prædo & malæ fidei Possessor. 806

Pœnæ

irrogantur (1) propter rigorem disciplinæ publicæ, (2) propter exemplum aliorum. Straffen sind erfunden um Zucht und Erbarkeit in societate civili zu erhalten / und auch damit andere ein Abscheu und Exempel nehmen möchten. 619

Prædia

In partes non dividi Reipubl. interest, præprimis nobilia Ritter-Gütter / 23. non quod dividi non possint, ob materiæ inhabilitatem, sed propter rationem politicam. ib.

Præsumptio

est Doli exclusiva, non inclusiva. 231. hinc quævis causa colorata excusat. 339

Primogenitura.

Primogeniture jus privata parentis dispositione tolli vel mutari non potest. 506

Privilegia

strictam interpretationem recipiunt, nec personas privilegiatas egrediuntur vel in exemplum trahuntur. 137. quoad concessiones Regalium strictissimam. 173

Ob bene merita collata revocari non possunt, & speciem legis constituunt 289

Privilegia à Superioribus concessa per inferiores infringi non possunt. Käyserl. Privilegia mögen von keinem Reichs-Stand aufgehoben werden. 595

Invitis non dantur privilegia, nec conservantur. 597

Probatio.

Probatione instructus, soll und kan nicht exequiret werden / quia per eam ulterior contentio removetur neque id quod clarum, ulteriore indiget probatione. 432

Probibitio

Multa prohibentur fieri ab initio, quæ tamen si facta fuerint, firmiter obtinent. Es wird vieles verbotten / welches nachgehends passiret wird. 99

Protestatio

Facto contraria nil operatur. 275. Z. E. wann ein Appellant sich wieder an den Richter hält / von dem er appelliret / renunciasse censetur appellationi, ob er schon protestiret / er thue es nicht animo renunciandi. ibid.

Proximitas.

Gradus in feudali successione attenditur, habito respectu non ad primum acquirentem, sed ultimum vasallum. 438. attentâ computat. civili non canonica. ibid.

R.

Ratihabitio

retrotrahitur ad initium negotii gesti & mandato æquiparatur. Die Genehmhaltung wird dem mandato expresso vergliche/und ist ebē soviel/ ob einer gleich anfangs oder hernach das negotium approbiret. 14

Ratio.

Idem præstat legi, quod animus corpori præstat. 262

Ratio validior, quæ favet libertati, quam quæ facit ad ejus diminutionem. 596

Remedia

Appellationis & Nullitatis sunt diversa, ita ut uno renunciato, alterum salvum maneat. 278

Remedia petitoria & possessoria recuperandæ possessionis benè cumulari vel conjungi possunt, 810. non autem retinendæ ob contrarietatem horum Judiciorum. 811

Reconventio.

Non gaudet privilegio simultanei processus, si altioris est indaginis, sed causa conventionis seorsim ventilari & terminari debet. 776

Renunciatio

est vel expressa, quæ fit verbis expressis, vel tacita, quæ inducitur per actus contrarios, destructivos, incompatibiles. 42. 276. it. non opponendo jura sua legitimo tempore. 413. Utraque autem præjudicare solet. 200. 485

Renunciatio totius singularium rerum renunciationem ambitu suo complectitur. 687

Renunciatio Beneficiorum muliebrium fieri debet certioratione, die Notarii sollen vor der Renunciation die Weibsbilder unterrichten/was vor weibliche Wolthaten und Vorrechte die Weiber hätten/ und alsdann mögen sie Verzicht thun. 715

Renunciatio hereditatis paternæ emolumento cedit omnium heredum & successorum. 719. Die Erbverzicht der Töchter nutzet allen Erben Männlichen Geschlechts.

Renunciationes odiosæ sunt, quia inducunt juris quæsiti vel sperati privationem. Eine Renunciatio beraubet einen seines Rechts/welches ihm zukommt/ oder doch zu hoffen hat. 725. folgbar stricti juris, & in dubio contra renunciationes pronunciandum. ibid.

Renunciatio partis haud prodest, quando vi legis actus annullatur. 382

Res

Minorum citra decretum judicis interpositum alienatæ possunt repeti à Minoribus, modo restituant solutum pretium. 828. imò à Tertio vindicant, ubi inveniunt. 829. ob summum ætatis favorem. 830

Universitatis alienari non possunt, sine approbatione omnium membro-

 rum

rum de Universitate. Gemeinsame Sachen können ohne Einwilligung der gantzen Gemeinde nicht distrahiret werden. 27. vid. *Universitas.*

communes pro parte alienari possunt, irrequisito socio. 10. (1) quia commune, quoad partis meæ dispositionem, meum intelligitur. 65. (2) quia nemo cogitur permanere in communione, quæ mater discordiarum est. ibid.

pretiosæ sua natura mobiles pro immobilibus habentur. 686. sicut annui reditus. Renthen / Zehenden und Gefälle. 669

meræ facultatis naturalis (1) nullo tempore præscribuntur, nisi accesserit prohibitio & acquiescentia. weil nicht factis, sondern juri præscribiret wird. 579. tales sunt ire, ambulare per viam publicam, aquam haurire publicam, 609. molendinum ædificare; negociationem exercere. 588. (2) sive fiant, sive omittantur nullum jus tribuunt. 594. 614

Rusticæ ob favorem agriculturæ non impedimentum admittunt, dem Bauersmann soll man keine Hindernus machen/das Land zu bauen. 598

Rei judicatæ auctoritas inconcussa manere debet nec temerario ausu infringi. 426. sed aditus præcluditur ulterioribus allegationibus & disputationibus. 433. in tantum, ut ne quidem testes admittantur. ib.

Restitutio

non conceditur ante causæ cognitionem. 514. distinguitur, *utrum* contra sententiam petatur, an contra executionem, posteriori casu non datur. 298

Repræsentatio.

Jus Repræsentationis ultra fratrum Germanornm liberos non extenditur. 482

Requisita.

Quando plura copulativè requiruntur, conjunctim de omnibus constare debet, ita ut uno non apparente, nec alterum in effectum deduci potest. 210

Retractus

ex capite Vicinitatis, si per consuetudinem notoriè receptus non eget probatione. 23. Wann in einer Gegend alten Herkommens wäre / daß Nachbarn den Vorkauff vor den Extraneis haben / braucht es keinen Beweiß. ibid.

Consanguinitatis intra anni spatium fieri debet, quo elapso cessat omnis retrahendi via. Wer biñen ein Jahr das alienirte Gut nicht revociret / der kan nachgehends solches nicht mehr thun. 66. 67. 99

Retrahens justum pretium refundere debet, si partem pretii venditor tenet vel remittat. 317

Revocatio

Testamentorum & pactorum dotalium

lium ob ingratitudinem est licita, modo non sit nuda, sed fiat coram Magistratu. 329

Rotulus

Attestationum à Magistratu impetrandus non à parte adversa petendus. 190. der Rotulus der Zeugen Aussagen muß bey der Gerichts-Cantzley / nicht vom Gegentheil erwartet werden.

S.

Scriptura

non est modus obligandi, sed saltem præsumtionem inducit, obligationem ex causa processisse, quæ si allegata apparet, & præsumtio cessat. 538

Privatæ scripturæ contra scribentem fides haberi solet. 434. si manu debitoris scriptum Instrumentum. 435

Privata Scriptura in archivo publico apud acta reperta, concurrente Temporis Antiquitate probat. 556 & propter qualitatem loci publici effectum tribuit Instrumenti publici. 560. 562

Fit, ad faciliorem rei gestæ probationem, & fidem notitiæ, non ad subsistentiam negotii. 354

Aliud est velle, ut Contractus fiat in scriptis, aliud est velle, ut contractu perfecto sriptura conficiatur. 354. Es ist zweyerley paciscire / daß vor Vollziehung des Kauf-Briefs der Contract nicht gültig seyn soll / ein anders / daß über den abgeschlossenen Contract ein Instrument aufgerichtet werden soll.

Sententiæ

JCtorum, quia legis condendæ auctoritatem non habent pro lege non sunt observandæ, sed placita legum. 238 Auf der Juristen Aussprüche ist nicht zu gehen / wann sie von Weg Rechtens abweichen / sondern man hat sich an die Gesetze zu halten.

Sententia judicis recedentis ab opinione Interpp. est ipso jure nulla. 870 nec meretur applausum, quæ à Veris & genuinis fontibus juris abhorret. 140. vel absurditatem implicat. 182. vel nudam sequitur Doctorum opinionem, lege neglectâ. 238. 358. 434

Sententia, judicis sine causæ cognitione lata non habet vim rei judicatæ. 284. aut executionem. 304 in diversitate opinionum, illa sequenda sententia, quæ æquitati rationi naturali convenit, & in pietate fundata. 261. 870

Separatio

quoad Thorum & Mensam non totale est divortium. 626. sed partiale, ob spem Reconciliationis. ibid.

Nec tollit jura inde dependentia, aut pactis dotalibus quæsita. 629

Solennitates

In dubio intervenisse præsumuntur & testator potius actum validum, quam frustratorium celebrasse. 226

Solennitates non sunt necessariæ, ubi summariter proceditur. 201

Statuta

Opificum super rebus suis condita in communi vita civili publicam utilitatem promovent. 601

Subscriptio

Nominis confirmat id, quod in scriptura continetur, wer etwas unterschreibt / der bekräfftiget das negotium, so in der Schrifft enthalten. 228. 355. 720. idem putandum de subsignatione. 233. Utraque enim fit, ut de consensu constet firmiori. 433. nec admittitur exceptio. 234

Substitutio

Vulgaris exspirat adita hereditate. 674. fit enim sub conditione, si heres non erit, E. si erit, evanescit. ibid.

Pupillaris, fit à parentibus. 260. à Matre facta subsistit jure fideicommissi propter adjectam clausul. codicill. 257. sicut pupillaris facto filio pubertatem egresso. 802

Successio

In feudis potissimum Regalibus ad normam juris civil. regulatur, ut agnati non omnes simul sed gradu proximiores succedant, *his* deficientibus, gradu sequentes, *exclusis* remotioribus. 843. 845. *849*

In successione personarum illustrium dispiciendum, an pacta familiæ Gentilitia adsint; ex quibus articulus mutuæ successionis metiendus. 853. *vide Pacta Gentilitia.*

Ante mortem ejus, cujus suceditur nulla successio, quoad Bona Allodialia & Feudalia, nisi testator per particulam Æquè vel Simul omnes eos instituerit tunc in capita succedunt, das ist / nach der Persohnen Anzahl. 866

Collateralium à Jure Naturali præcipitur, sed dependet ex propensione erga sanguinem, quemadmodum successio collateralium feudalis ex provisione primi acquirentis. 878

Successores præstare tenentur facta Antecessorum. 563

Surrogatum

Sapit naturam ejus, in cujus locum est surrogatum, si non subest diversitatis Ratio quoad judicia. 628. Z. E. wann etwas aus der Erbschafft verkaufft wird / illa pecunia fit hereditaria, gleichwie wann von dem Erbgeld etwas gekaufft wird / res fit hereditaria. ibid.

Spolium.

Spoliatus ante omnia restituendus etiamsi

iamſi injuſtus poſſeſſor. 511
Ex capite ſpolii uxor, qui reditus vitalitios non accepit, reſtitui debet, tanquam dejecta. 478

Subfeudum, Affter-Lehn.

Quando vaſallus feudi ſui partem alii conceſſit, qui Subvaſallus Domino Superiori ſervitia exhibere debet, & reſoluto jure dantis, reſolvitur jus accipientis. 158
conſtituit partem integralem feudi principalis, à quo dependet. 157. 160. ejusdemque naturæ eſt. ibid.

Sportulæ

judiciales pro decretis, ſententiis, mandatis, Salariis Advocatorum & ſimilibus, ex Ordinationibus judiciorum ſunt certæ. 456

T.

Tacitum.

Quæ tacitè inſunt, ſi exprimantur, nil ſingulare operantur, nec opus habent expreſſione. Wann einem ein Lehen verliehen worden / iſt nicht nöthig / daß die Servitia exprimiret werden. 466. niſi majoris declarationis cauſa. 102. 194

Tempus

æquiparatur publico Inſtrumento, & eſt actionis excluſivum. 288
Temporis certi determinatio non admittit extenſionem de tempore ad tempus. 732
immemoriale habet vim conſtituti & ſpecialis conceſſionis. 542. ut nemo contradicere poſſit. 92. 287. 565. ſed qualitatem rei impoſitam non mutat, 99. nec jus quæſitum aufert. 104
Qui tempore liberatus ſimilis eſt ei, qui ſatisfecit. 901
Temporis longinquitas qualitatem fideicommiſſariam mutare nequit. 98. 99
Temporis lapſus habet vim pacti de non petendo. 101
Quæ juſto tempore fieri debent, eo elapſo præcluſa cenſentur. 201
Poſt lapſum 30. vel 40. annorum nulla reſciſſio ex capite læſionis peti poteſt. 237
Tempus demonſtrationis gratia adjectum cenſetur, quando verſamur in materia favorabili. 743

Teſtamentum.

Ad ſolennis Teſtamenti formam pertinet ſubſtantialem 1) numerus teſtium ſeptenarius. 768. ut defectus juramento ſuppleri non poſſit. ibid. excepto Teſtamento parentum inter liberos, ubi ſolennitas remittitur. 770
In Teſtamento liberi nominatim heredes inſtituendi nec impleri poteſt per aliud æquipollens. 795. 796
Teſtamentum nullo vitio laborans prodeſt ad effectum obtinendæ immiſſionis ex *L. ult. Codic. de Edict. Div. Hadr. toll.* 784. 790
Ex Teſtamento irrito, imperfecto, nullo,

nullo, non debentur Legata, 769. excepto Testamento inofficioso, ubi corruit principale, heredis institutio, sed Legata accessoria permanent propter fulcrum. *Nov.* 115.

Testamentum pro perfecto habetur in foro conscientiæ, si de voluntate constat, licet ob defectum solennium sit imperfectum. 227

In Testamentis ordinandis non est de essentia, ut Parochus adhibeatur. 248. quin potius Clericis interdictum per Canones, ne secularibus negotiis se immisceant. 769. modo adsunt duo Testes. ibid.

Testamento nemo cavere potest, ne leges in illo locum habeant. 266

Testamentum posterius perfectum tollit Testamentum prius, Wann zwey Testamenta vorhanden / hebt das Letzte das Erste auf. 396

Testamentum ob nativitatem liberorum rumpitur, quando de iis verosimiliter cogitatum. 225

Testes

deponant de his, quæ per sensum visus & auditus perceperunt. 356 de veritate, non credulitate 59

Ad codicillos & quamvis ultimam Voluntatem quinque Testes sunt necessarii. 803

Probant contra subditos extra Territorium contra Tertium & Fiscum 553

Interessati etiam admittuntur in judicio summariissimo. 548

Ex diversifica depositione suspecti redduntur quoad Negotium principale. 37. 48. ob singularitatem obstativam. 14. 94

Suspectos facit vinculum sanguinis, subjectio, affectus sequior, singularitas. Ratio quia veritas impeditur & via perjuriis aperitur. 225

Testes de Universitate veritatem magis scire possunt, quam extranei. 50. repelluntur, quando commodum in particulari sunt inde consecuturi. 573

Testimonium privatum est superfluum, quando publica monumenta sufficiunt. 556

Traditio

Si fit ea præcedente Titulo Dominii tranlativo operatur translationem Dominii. 29

Transactio

Fit (1) dato aliquo, retento, vel promisso. 228. (2) super re dubia 213. & (3) ob timorem litis. 228

Nulla valet Transactio ex falsa causa facta. 212. cui dolus causam dedit, 214. ob læsionem immodicam 218 quæ omnia probari debent. Nec super relictis in Testamento, nisi inspectis tabulis. 211. 215. vel decreto publico confirmata. 225

Remissionem Juris antea competentis inducit, & novationem repræsentat. 145

Transactio nec ob læsionem enormissimam

missimam scindi potest, per *L. 78. ad SCt. Trebell.* 235. præsertim si facta sub præsentia honestorum virorum. 237. & magno temporis decursu comprobata. 240
Transactio æquiparatur jurijurando & rei judicatæ. 330, 343
Transactio rescinditur, quandò ex Instrum. postea reptis dolus probatur. 251

Tutores

Sunt loco Dominorum, quoad providentiam quicquid enim agunt, nomine pupillorum administratorio agunt. 229. 681
Tutores nullum pupillis damnosum Negotium debent permittere. 216 non alienare res, quæ minorum sunt, sine Decreto ob defectum potestatis. 217

V.

Venditor

Præcisè rem tradere debet, si habet facultatem Rei tradendæ. 59. nec præstando interesse liberatur, sicut in obligatione faciendi. ibid.

Verba

Consentio, approbo, contentus sum Volo, Bona mea ad aliquem pervenire, inferunt fideicommissariam dispositionem. 246. 661. & Consenssum. 52
Alle andere / sunt Universalia, ut non solum expressa verum omnia expressis similia vel majora comprehendat. 239
Præteriti temporis actum perfectum & consummatum designant. 332. Testamenta autem ab obitu Testatoris demum effectum sortiuntur. ibid.
Imperativa habent vim precativorum, quando Voluntas Testatoris ad restituendum est directa. 802
Müssen: propriè necessitatem important, sicut particula Würcklich actum exercitum & possessionem. 564
In Genere non pro mere enunciativis sunt habenda, sed dispositivis, ut effectum habeant. 639

Verisimilitudo

contraria tollit præsumptionem voluntatis Testatoris. 761

Veritas

haberi nequit ex instrumento à quo partes iterum discessisse apparet. 536

Vicinitas

ex capite Vicinitatis Retractus conceditur Vicinis 23. sicut sociis ex capite communionis. 21
Vicinus Vicini facta scire præsumitur, non alibi habitantium. 112

Vitium

Litigiosi, quando Res pendente lite, alieniret wird / quæ alienatio valet salvo Jure Tertii. 20

Res

Res tali vitio litigiosi affecta transit cum suo onere causa qualitatibus. 21

Universitas.

Quod Universos tangit, ab omnibus debet approbari, was allen angehet / davon müssen alle Membra wissen / auch von allen approbiret werden. 27. 46

Voluntas

Libera actum regulat & definit, daher kein Actus operiren kan ultra intentionem agentium 83. 328. coactionis speciem habet, quod alterius potestati non relinquitur. 797

Testatoris potius inspicienda, quam rei conditio & natura, quatenus Legum placitis est conformis. 686

Voluntatem servari ejus, qui rei suæ transferendæ legem præscripsit, æquius est. 83

In ultimis voluntatibus & fideicommissis non semper conditio & nomina rei, sed voluntas Testatoris inspicitur. 687. 245. 246

Votum

captandæ mortis est damnabile & execrabile cum quis spectat casum & adversam futuram ingenui hominis præsertim conjugis 706

Usura.

ultra legitimum usurarum modum quicquam accipere, stellionatus crimini simile est. 520

usuraria pravitas valde odiosa. 699. 701

Ex mora debentur quincunces usuræ ratione sortis ex re aliena perceptæ, non ratione fructuum. 701. 702

Vitricus

Suspectum se facit, qui viduam sibi copulavit, quæ ante nullos petiit tutores suis liberis, nec Inventarium fieri curavit. 815

Ususfructus.

Est pars Dominii & in Bonis feudalibus sine consensu haudquaquam relinqui debet. 217

Vocabulum

Eigen; Involvit plenæ proprietatis Dominium cum Usufructu consolidatum. Wo Eigenthum und Nutzung beysamm / da ist plenum Dominium. 335

F I N I S.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Reyser, Johann Daniel,

Johannis Danielis Reyseri ... Consilia Posthvma, In Qvibvs Casvs Gravissimi ... continentur ... Das ist: Nachgelassene Rechtliche Belehrungen, worinnen Die wichtigsten Gerichts-Fälle ... enthalten ...

Bd.: [1]

Nürnberg (1716)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.pr.q.38
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11707751-0
VD18 80459676